

Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts bei der
Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg

Vorgelegt von: Annekatren Waldschmidt

August 2017

Tag der Promotion: 21. März 2017
Erstreferent: Prof. Dr. Rüdiger Veil
Zweitreferent: Prof. Dr. Florian Faust

Inhaltsübersicht

Kapitel 1	Einleitung – Transnationale Konzerne in Europa vor dem Aufbruch in ein neues Zeitalter?	1
A.	Problemstellung und Zielsetzung der Untersuchung.....	1
B.	Methode und Gegenstand der Untersuchung.....	4
C.	Grundlage der Untersuchung.....	5
Kapitel 2	Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU	6
A.	Konzernbegriff	6
B.	Konzernierung als genuines Charakteristikum der SPE.....	7
C.	Anforderungen an ein SPE-Konzernrecht	7
D.	Rechtsquellenpyramide.....	9
E.	Funktionen und Schnittstellen der verschiedenen Rechtsnormen	10
F.	Auslegung des SPE-VOE-HU	12
G.	Grundlagen der Sitzkoppelung und Sitzaufspaltung.....	17
H.	Besondere Bedeutung des effet utile der SPE-VO für den SPE-Konzern	23
I.	Zusammenfassung Kapitel 2: Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU.....	27
J.	Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU	29
Kapitel 3	Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern.....	31
A.	SPE-VO	31
B.	Satzung	45
C.	Zusammenfassung Kapitel 3: Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern	70
D.	Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern	71
Kapitel 4	Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern.....	75
A.	Arten nationaler Regelungen und Stellung in der Rechtsquellenpyramide.....	75
B.	Dreistufige Rechtsquellenpyramide	76
C.	Ergänzungsbedürftigkeit des SPE-VOE-HU	77
D.	Lückenschließung auf unionsrechtlicher Ebene.....	84
E.	Lückenschließung auf nationalrechtlicher Ebene	89
F.	Anwendung des nationalen Rechts außerhalb des Regelungsbereichs des SPE-VOE-HU	108
G.	Bestimmung des anwendbaren Rechts durch Satzungsregelung.....	114

H.	Zusammenfassung Kapitel 4: Grundzüge für die Anwendung des nationalen Rechts auf den SPE-Konzern	115
I.	Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern	117
Kapitel 5	Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE-Konzern	119
A.	Bedeutung von Weisungsrechten für die Effizienz im SPE-Konzern	119
B.	Auslegung des SPE-VOE-HU im Hinblick auf die grundsätzliche Organisationsverfassung der SPE.....	120
C.	Etablierung von Weisungsrechten durch Satzungsunionsrecht	128
D.	Zusammenfassung Kapitel 5: Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE-Konzern.....	136
E.	Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Organisationsverfassung der SPE und Weisungsrechte im SPE-Konzern	136
Kapitel 6	Unionsrechtliche Ausrichtung der SPE auf ein Konzern-interesse	139
A.	Inhalt von Eigen- und Konzerninteresse	139
B.	Bedeutung der Konzernausrichtung für das Organisations- und Schutzrecht im SPE-Konzern.....	139
C.	Auslegung des SPE-VOE-HU im Hinblick auf Eigen- bzw. Konzerninteresse	140
D.	Instrumente eines Minderheiten- und Gläubigerschutzes.....	150
E.	Zusammenfassung Kapitel 6: Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse	186
F.	Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse.....	187
Kapitel 7	Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht	192
A.	Bedeutung des nationalen Konzernrechts für Weisungsrechte und Konzernausrichtung im SPE-Konzern	192
B.	Anwendung des nationalen Konzernrechts auf die SPE.....	193
C.	Zusammenfassung Kapitel 7: Weisungsrechte und Konzernausrichtung nach nationalem Recht.....	215
D.	Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht	216
Kapitel 8	Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern.....	218
A.	Formen des Finanzmanagements im Konzern	218
B.	Kapitalaufbringung.....	218
C.	Kapitalerhaltung.....	250
D.	Existenz- und Liquiditätsschutz	301

E.	Zusammenfassung Kapitel 8: Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern	346
F.	Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern.....	348
Kapitel 9 Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne: Gesamtfazit		351
A.	Kapitel 2 – Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU	351
B.	Kapitel 3 – Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern.....	351
C.	Kapitel 4 – Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern.....	352
D.	Kapitel 5 – Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE-Konzern.....	353
E.	Kapitel 6 – Unionsrechtliche Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse	354
F.	Kapitel 7 – Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht.....	354
G.	Kapitel 8 – Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern.....	355
H.	Quintessenz für den Verordnungsgeber	355
I.	Quintessenz für den deutschen Gesetzgeber	357
Literaturverzeichnis		359
Bücher, Buchbeiträge, Kommentierungen und Aufsätze.....		359
Vorträge, Zeitungsartikel, Pressemitteilungen, Studien, Positionspapiere.....		406
Gesetzgebungsunterlagen		412
Rechnungslegungsunterlagen		426
Synoptische Gegenüberstellung ausgewählter Vorschriften der SPE-VO-Entwürfe		427

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1	Einleitung – Transnationale Konzerne in Europa vor dem Aufbruch in ein neues Zeitalter?	1
A.	Problemstellung und Zielsetzung der Untersuchung.....	1
B.	Methode und Gegenstand der Untersuchung.....	4
C.	Grundlage der Untersuchung.....	5
Kapitel 2	Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU	6
A.	Konzernbegriff	6
B.	Konzernierung als genuines Charakteristikum der SPE.....	7
C.	Anforderungen an ein SPE-Konzernrecht	7
D.	Rechtsquellenpyramide.....	9
E.	Funktionen und Schnittstellen der verschiedenen Rechtsnormen	10
F.	Auslegung des SPE-VOE-HU	12
I.	Allgemeine Grundsätze für die Auslegung des SPE-VOE-HU	12
1.	Auslegungszuständigkeit bzw. –maßstab.....	12
2.	Auslegungsmethoden.....	12
a)	Wortlautauslegung.....	12
b)	Systematische und teleologische Auslegung.....	13
c)	Historische Auslegung.....	13
(1)	CREDA-Studien	13
(2)	Einigungsmotivierte Änderungen in den SPE-VO-Entwürfen	14
d)	Andere Rechtsakte	14
e)	Rechtsvergleichende Auslegung.....	15
II.	Keine expliziten konzernrechtlichen Regelungen im SPE-VOE-HU.....	16
III.	Zwischenfazit: Auslegung des SPE-VOE-HU	17
G.	Grundlagen der Sitzkoppelung und Sitzaufspaltung.....	17
I.	Begriffe des Sitzes und der Sitzaufspaltung	17
II.	Einheitlicher Konzernaufbau und effiziente Konzernführung durch Sitzaufspaltung	18
III.	Zulässigkeit der Sitzaufspaltung	20
H.	Besondere Bedeutung des effet utile der SPE-VO für den SPE-Konzern	23
I.	Inhalt und Bedeutung des effet utile-Grundsatzes nach der EuGH-Rechtsprechung.....	23
II.	Bedeutung des effet utile-Grundsatzs für die Auslegung des SPE-VOE-HU	25
I.	Zusammenfassung Kapitel 2: Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU	27

J. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU	29
I. Verordnungsgeber	29
II. Deutscher Gesetzgeber	30
III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf eine konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU.....	30
Kapitel 3 Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern.....	31
A. SPE-VO	31
I. Regelungsbereich der SPE-VO	31
1. Bereiche diesseits und jenseits des Gesellschaftsrechts.....	31
a) Grundsätzliche Regelung des gesamten SPE-Gesellschaftsrechts.....	31
b) Methodik für die Bestimmung des Regelungsbereichs.....	32
c) Gesellschaftsstatut	33
(1) Gesellschaftsrecht im Allgemeinen.....	33
(2) Konzernrecht als Teil des Gesellschaftsrechts	34
d) Delikts- und Insolvenzstatut.....	37
e) Konzernstatut?.....	40
2. Vollständig und nur teilweise geregelte Bereiche.....	41
3. Dem Satzungsgeber zugewiesene Bereiche	42
II. Stellung der SPE-VO in der Rechtsquellenpyramide	43
III. Zwischenfazit: SPE-VO.....	43
B. Satzung.....	45
I. Mögliche Arten von Satzungsregelungen	45
1. Wahlrechte des Satzungsgebers	45
2. Regelungsaufträge an den Satzungsgeber.....	45
3. Sonstige Satzungsregelungen.....	46
II. Anwendbares Recht	47
III. Gestaltungsspielraum	49
1. Auslegungsbedürftigkeit des SPE-VOE-HU.....	49
2. Satzungsregelungen zur Umsetzung von Regelungsaufträgen.....	50
a) Umfang des Gestaltungsspielraums	50
b) Unterschiedlicher Ermessensspielraum des Satzungsgebers.....	50
c) Grenzen des Gestaltungsspielraums.....	51
d) Typenvergleich mit anderen Gesellschaftsformen.....	52
e) „Ob“ und „Wie“ der Freiheitsgewährung.....	53
f) Zwischenfazit: Die SPE ist keine „kleine SE“	53

3.	Satzungsregelungen jenseits der Regelungsaufträge	53
a)	Vorgaben des Unionsrechts	54
(1)	Satzungsstrenge Elemente	54
(2)	Gestaltungsfreie Elemente	54
(3)	Grenzen des Gestaltungsspielraums	55
b)	Vorgaben des nationalen Rechts	55
c)	Zwischenfazit: Die SPE ist keine „kleine SE“	56
4.	Unionsrecht als Mindestnorm	56
IV.	Stellung der SPE-Satzung in der Rechtsquellenpyramide	57
V.	Auslegung der Satzung.....	58
VI.	Regelungsüberschreitung.....	62
VII.	Regelungsunterschreitung.....	62
1.	Arten von Regelungsunterschreitungen.....	62
2.	Umgang mit Satzungslücken	63
a)	Mögliche Folgen von Satzungslücken	63
b)	Schließung von Satzungslücken	64
(1)	Unionsrechtlicher Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung	64
(2)	Salvatorische Satzungsklauseln	66
(3)	Gebrauch von Mustersatzungen.....	67
(4)	Allgemeine Grundsätze des SPE-VOE-HU.....	67
VIII.	Schuldrechtliche Regelung des Konzerns.....	69
IX.	Zwischenfazit: Satzung.....	69
C.	Zusammenfassung Kapitel 3: Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern	70
D.	Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern	71
I.	Verordnungsgeber	71
II.	Deutscher Gesetzgeber	73
III.	Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern.....	74
Kapitel 4	Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE- Konzern.....	75
A.	Arten nationaler Regelungen und Stellung in der Rechtsquellenpyramide.....	75
B.	Dreistufige Rechtsquellenpyramide	76
C.	Ergänzungsbedürftigkeit des SPE-VOE-HU	77
I.	Bestehen einer zu schließenden Lücke	77

II. Abschließende und nichtabschließende Regelungen unter dem Gesichtspunkt der Effizienz im transnationalen Konzern	78
1. Effizienzsteigerung als Ziel des SPE-VOE-HU	78
2. Verbleibende Rechtszersplitterungen bei der SE.....	79
3. Unionsweite Rechtseinheitlichkeit bei der SPE	80
a) Abschließende Regelungen.....	80
b) Nichtabschließende Regelungen.....	81
4. Indizien für abschließende und nichtabschließende Regelungen.....	82
a) Indizien für abschließende Regelungen.....	82
b) Indizien für nichtabschließende Regelungen.....	83
III. Zwischenfazit: Zurückhaltende Anwendung nationalen Rechts	84
D. Lückenschließung auf unionsrechtlicher Ebene.....	84
I. Zulässigkeit und Gebotenheit einer unionsrechtlicher Lückenschließung.....	85
II. Unionsrechtliche Lückenschließungsinstrumente	86
1. Einzel- und Gesamtanalogien.....	86
2. Allgemeine Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts	87
3. Allgemeine Prinzipien, die den nationalen Rechtsordnungen gemeinsam sind	88
III. Zwischenfazit: Unionsrechtliche Lückenschließung	88
E. Lückenschließung auf nationalrechtlicher Ebene	89
I. Betroffene Mitgliedstaaten.....	89
II. Spezial- und Generalverweise auf nationales Recht	89
III. Sach- oder Gesamtnormverweise auf nationales Recht	92
1. Begriffe und besondere Brisanz im transnationalen Konzern.....	92
a) Gesamtnormverweise	92
b) Sachnormverweise	93
2. Auslegung des SPE-VOE-HU	93
a) Wortlautauslegung.....	93
b) Systematisch-teleologische Auslegung	94
(1) Einheitliches Verständnis von Spezial- und Generalverweisen	94
(2) Vergleich mit anderen supranationalen Rechtsformen	95
(3) Regelungsbereich der SPE-VO	96
(4) Rechtsfolgenvergleich	98
(a) Effet utile als Entscheidungskriterium	98
(b) Rein nationaler Konzern	98
(c) Transnationaler Konzern ohne Sitzaufspaltung	98

(i) Folgen von Gesamtnormverweisen	98
(ii) Folgen von Sachnormverweisen	99
(d) Transnationaler Konzern mit Sitzaufspaltung.....	100
(i) Folgen von Gesamtnormverweisen	100
(ii) Folgen von Sachnormverweisen	101
(5) Zwischenfazit: Sachnormverweise im SPE-VOE-HU.....	101
IV. Anwendung des nationalen Rechts im SPE-Konzern	102
1. Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Sekundärrecht.....	102
2. Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Primärrecht	103
a) Mitgliedstaatliches Gleichbehandlungsgebot.....	103
b) Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit im SPE-Konzern	104
(1) Bedeutung der Niederlassungsfreiheit im SPE-Konzern	104
(2) Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs	105
(3) Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs	105
(4) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	106
(5) Rechtfertigung von Beschränkungen.....	107
V. Zwischenfazit: Lückenschließung auf nationalrechtlicher Ebene	108
F. Anwendung des nationalen Rechts außerhalb des Regelungsbereichs des SPE-VOE-HU	108
I. Grundlagen für die Anwendung des nationalen Rechts	108
II. Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Sekundärrecht	109
1. Folgen einer einschränkungslosen Anwendung nichtgesellschaftsrechtlichen nationalen Rechts	109
2. Begründungsansätze für die eingeschränkte Anwendung nichtgesellschaftsrechtlichen nationalen Rechts	109
a) Heranziehung der <i>Gebhard</i> -Formel?	110
b) Ganzheitlicher Qualifikationsansatz?	110
c) Grundsatz der Unionstreue.....	110
III. Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Primärrecht	113
G. Bestimmung des anwendbaren Rechts durch Satzungsregelung.....	114
H. Zusammenfassung Kapitel 4: Grundzüge für die Anwendung des nationalen Rechts auf den SPE-Konzern	115
I. Quintessenz für den Verwaltungs- und Gesetzgeber: Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern.....	117
I. Verwaltungsgeber	117
II. Deutscher Gesetzgeber	118

III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern.....	118
Kapitel 5 Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE-Konzern	119
A. Bedeutung von Weisungsrechten für die Effizienz im SPE-Konzern	119
B. Auslegung des SPE-VOE-HU im Hinblick auf die grundsätzliche Organisationsverfassung der SPE.....	120
I. Gesellschafterversammlung, Geschäftsführungsorgan und Aufsichtsorgan	120
II. Bewusste Regelungslücke oder Eigenregelung	120
III. Auslegung von Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU.....	121
IV. Auslegung des SPE-VOE-HU im Übrigen	123
V. Zwischenfazit: Grundsätzliche Organisationsverfassung aufgrund des SPE-VOE-HU.....	127
C. Etablierung von Weisungsrechten durch Satzungsunionsrecht	128
I. Grundlagen für Satzungsregelungen	128
1. Regelungsaufträge als Grundlage.....	128
2. Weisungsrecht als weitere Beschlusskompetenz der Gesellschafterversammlung.....	128
3. Weisungsrecht als Sonderrecht einzelner Gesellschafter	129
II. Umfang des Weisungsrechts.....	130
1. Spezielles und allgemeines Weisungsrecht	130
2. Weisungen im Konzerninteresse.....	131
3. Haftung der Gesellschafter und Organmitglieder	131
4. Weitere Punkte	133
III. Verfahren für die Etablierung und Ausübung von Weisungsrechten.....	134
IV. Öffnungsklauseln für Durchbrechungsbeschlüsse.....	134
V. Zwischenfazit: Etablierung von Weisungsrechten durch Satzungsunionsrecht	135
D. Zusammenfassung Kapitel 5: Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE- Konzern.....	136
E. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Organisationsverfassung der SPE und Weisungsrechte im SPE-Konzern	136
I. Verordnungsgeber	136
II. Deutscher Gesetzgeber	138
III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf Weisungsrechte im SPE-Konzern	138
Kapitel 6 Unionsrechtliche Ausrichtung der SPE auf ein Konzern-interesse	139
A. Inhalt von Eigen- und Konzerninteresse	139

B. Bedeutung der Konzernausrichtung für das Organisations- und Schutzrecht im SPE-Konzern	139
C. Auslegung des SPE-VOE-HU im Hinblick auf Eigen- bzw. Konzerninteresse	140
I. Informationsanfragen von Gesellschaftern	140
II. Regelungsaufträge	141
1. Unternehmensgegenstand	141
2. Gesellschaftersonderrechte	142
3. Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen	143
a) Keine Vorentscheidung des Verordnungsgebers	143
b) Maßgeblichkeit des Rechnungslegungsstandards IAS 24	143
c) Begriff des Näheverhältnisses	144
d) Geschäftsbegriff	145
e) Abgrenzung zum Kapitalschutzregime	146
f) Zwischenfazit: Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen	146
4. Zwischenfazit: Konzernausrichtung prinzipiell möglich	147
III. Geschäftsführerplichten	147
IV. Zwischenfazit: Geltung des nationalen Rechts entweder nach Art. 8 Abs. 1a S. 2 oder Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU	149
D. Instrumente eines Minderheiten- und Gläubigerschutzes	150
I. Erforderlichkeit von Schutzinstrumenten	150
II. Schutzinstrumente auf Basis des SPE-VOE-HU	151
1. Gesellschafterbeschluss	151
2. Informationspflichten	152
3. Publizität und Registerkontrolle	152
4. Organhaftung	153
5. Gesellschafterhaftung	153
a) Mögliche Inhalte und Anspruchsinhaber	153
b) Kapitalschutzregime	154
c) Unionsrechtlicher Treuepflichtgrundsatz	154
(1) Inhalt und Bezeichnung des Treuepflichtgrundsatzes	154
(2) Spezialfälle als Hinweise auf eine allgemeine Treuepflicht	155
(a) Gleichbehandlungsgrundsatz	155
(b) Informationsrecht der Gesellschafter	155
(c) Gesellschafterausschluss und -austritt	156
(d) Beschlussmängelrecht	157

(e) Zwischenfazit: Spezialfälle als Hinweis auf einen allgemeinen unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatz.....	158
(3) Weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU.....	158
(4) Satzung als Grundlage der Treuepflicht.....	159
(5) Abhängigkeit des Treuepflichtregimes von der Satzungsgestaltung	160
(6) Abstufungen der Treuepflicht und Ausnahmen	160
(7) Treuepflicht als Grundlage einer Gesellschafterhaftung	163
(8) Zwischenfazit: Keine treuepflichtbasierte Gesellschafterhaftung	164
6. Zwischenfazit: Schutzinstrumente auf Basis des SPE-VOE-HU	164
III. Hinlänglichkeit der Schutzinstrumente auf Basis des SPE-VOE-HU?	165
1. Vergleich mit anderen Konzernrechts-Konzepten	165
a) Konzernrechts-Konzepte der Mitgliedstaaten.....	165
b) Konzernrechts-Konzept des Forum Europaeum Konzernrecht	166
c) Konzernrechts-Konzept der Reflection Group.....	167
d) Konzernrechts-Konzept der EMCA-Gruppe.....	167
e) Konzernrechts-Konzept im SUP-RLE-K.....	168
f) Konzernrechts-Konzepte in der jüngsten Literatur	168
2. Bewertung des Schutzstandards des SPE-VOE-HU	169
a) Gläubigerschutz.....	170
(1) Publizität	170
(2) Registerkontrolle	170
(3) Gesellschafterhaftung	171
(4) Berichtspflichten	171
(5) Organhaftung	172
(6) Gläubigerschutz auf Ebene der Mutter-SPE	173
b) Schutz von Minderheitsgesellschaftern.....	173
(1) Erforderlichkeit eines Minderheitenschutzes	173
(2) Zuleitungspflicht.....	174
(3) Abfindungs- und Ausgleichsansprüche sowie Entsendungsrechte	174
(4) Beteiligung auf Ebene der Mutter-SPE.....	175
c) Zwischenfazit: Unzureichender Schutzstandard.....	175
IV. Folgen für die Eigen- bzw. Konzerninteressen im SPE-Konzern	175
1. Lückenhafter Schutzstandard.....	175
2. Lückenfüllung auf Unionsrechtsebene	176
a) Regelgeleitete Analogien bzw. allgemeine Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts	176

b) Satzungsunionsrecht	178
(1) Konzernausrichtung im Unternehmensgegenstand.....	179
(a) Publizität.....	179
(b) Registerkontrolle.....	180
(c) Berichts- und Zuleitungspflichten	180
(d) Gesellschafterhaftung	180
(e) Zwischenfazit: Keine Konzernausrichtung im Unternehmensgegenstand	181
(2) Konzernausrichtung als Sonderrecht einzelner Gesellschafter.....	181
(3) Konzernausrichtung als Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen	181
c) Zwischenfazit: Kein Lückenschluss auf Unionsrechtsebene.....	182
3. Lückenfüllung auf nationalrechtlicher Ebene	182
a) Teilweise oder gänzliche Regelung des Gesellschaftsinteresses durch nationales Recht	182
b) Auswirkungen für Weisungen im Konzerninteresse.....	184
4. Zwischenfazit: Konzernausrichtung nur nach nationalem Recht.....	185
V. Zwischenfazit: Effizienzminderungen bei der Organisation des SPE- Konzerns	186
E. Zusammenfassung Kapitel 6: Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse	186
F. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse.....	187
I. Verordnungsgeber	187
II. Deutscher Gesetzgeber	190
III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse	190
Kapitel 7 Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht	192
A. Bedeutung des nationalen Konzernrechts für Weisungsrechte und Konzernausrichtung im SPE-Konzern	192
B. Anwendung des nationalen Konzernrechts auf die SPE.....	193
I. Verhältnis des nationalen Konzernrechts zum Unionsrecht.....	193
1. Grundsatz für die Anwendung nationalen Gesellschaftsrechts.....	193
2. Überlagerung des Unionsrechts durch das nationale Konzernrecht?	193
3. Ausnahme für Vertragskonzernrecht.....	195
II. Nationaler SPE-Konzern.....	197
1. Konzernbegriff	197

2.	Die SPE im Vertragskonzern deutschen Rechts	197
a)	Vertragspartner.....	197
b)	Beherrschungsvertrag als Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen.....	197
c)	Recht zur Erteilung von Weisungen im Konzerninteresse	198
d)	Sorgfalt und Haftung.....	199
e)	Form und Verfahren	200
f)	Zwischenfazit: Weisungen im Konzerninteresse nach deutschem Vertragskonzernrecht.....	202
3.	Die SPE im faktischen Konzern deutschen Rechts	202
a)	Struktur der SPE.....	202
b)	Anwendbarkeit des Rechts für faktische GmbH-Konzerne auf den SPE-Konzern	204
(1)	Weisungsrechte.....	204
(2)	Konzernausrichtung.....	205
(3)	Sonstige Haftungsgrundsätze.....	205
(4)	Zwischenfazit: Weisungsrechte und Konzernausrichtung grundsätzlich nach deutschem GmbH-Konzernrecht	206
4.	Zwischenfazit: Nationaler SPE-Konzern.....	206
III.	Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung	206
1.	Wertender Sachnormverweis auf das ausländische Konzernrecht.....	206
2.	Konzernbegriff	207
3.	Vertragskonzern?.....	207
4.	Faktischer Konzern.....	208
a)	Regelungsstruktur des ausländischen Konzernrechts	208
b)	Weisungsrechte	209
(1)	Situation beim Fehlen von Satzungsbestimmungen zu Weisungsrechten	209
(2)	Situation beim Vorhandensein von Satzungsbestimmungen zu Weisungsrechten	210
(3)	Zwischenfazit: Kein allgemeines Weisungsrecht.....	211
c)	Konzernausrichtung	211
d)	Sonstige Haftungsgrundsätze	212
5.	Zwischenfazit: Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung	213
IV.	Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung.....	213
1.	Wertender Sachnormverweis auf das inländische Konzernrecht.....	213
2.	Konzernbegriff	213

3. Vertragskonzern	213
4. Faktischer Konzern	214
5. Zwischenfazit: Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung	215
C. Zusammenfassung Kapitel 7: Weisungsrechte und Konzernausrichtung nach nationalem Recht	215
D. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht	216
I. Verordnungsgeber	216
II. Deutscher Gesetzgeber	217
III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse	217
Kapitel 8 Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern	218
A. Formen des Finanzmanagements im Konzern	218
B. Kapitalaufbringung	218
I. Relevanz eines Kapitalaufbringungsregimes für das Finanzmanagement im Konzern	218
II. Unterschiede im SPE-Konzern	219
1. Nationaler SPE-Konzern	219
a) SPE-Konzern als faktischer Konzern deutschen Rechts	219
(1) Vereinbarung und Leistung von Einlagen	219
(2) Ordnungsgemäße Kapitalaufbringung	222
(a) Gefahr von Verstößen gegen den SPE-VOE-HU	222
(b) Verschiedene Konzepte	223
(c) Hinweise im SPE-VOE-HU	224
(i) Rechtsfolgen mangelnder und mangelhafter Kapitalaufbringung für Gesellschafter	224
(ii) Rechtsfolgen mangelnder und mangelhafter Kapitalaufbringung für Organmitglieder	225
(3) Auslegung des SPE-VOE-HU	225
(a) Unionsrechtliche Lösungen	225
(i) Regelungsdichte des SPE-VOE-HU	225
(ii) Einzahlung der geschuldeten Beträge	226
(iii) Enthebung von der vereinbarten Einlage	227
(A) Inhalt von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU	227
(B) Einlagevereinbarung	227
(C) Enthebung bzw. Befreiung	228
(D) Verbot von Enthebungen bzw. Befreiungen	229

(E) Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Verbot	230
(F) Enthebung bzw. Befreiung als Kehrseite der Einzahlung.....	230
(G) Postulat der realen Kapitalaufbringung.....	231
(H) Auswirkungen auf die Konzerntauglichkeit der SPE	232
(I) Zwischenfazit	233
(iv) Streichung des Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K.....	233
(v) Ausschüttungsregelungen.....	234
(vi) Zwischenfazit: Abschließendes Unionsrecht	236
(b) Nationalrechtliche Lösungen.....	236
(i) Anwendung über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU.....	236
(A) Angaben zu Stammkapital, Geschäftsanteilen und Einlagen.....	236
(B) Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen.....	237
(ii) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU	237
(iii) Anwendung über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU	238
(A) Financial Assistance	238
(B) Auslegung des SPE-VOE-HU im Übrigen	239
(iv) Abdeckung über das Insolvenzrecht?	242
(v) Zwischenfazit: Keine Anwendung nationalen Rechts	243
(4) Zwischenfazit: Unausgegorenes Konzept einer realen Kapitalaufbringung.....	243
b) SPE-Konzern als Vertragskonzern deutschen Rechts.....	244
c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	244
d) Zwischenfazit: Kapitalaufbringung im nationalen SPE-Konzern	245
2. Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung.....	245
a) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag.....	245
b) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag.....	246
c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	247
d) Zwischenfazit: Kapitalaufbringung im transnationalen SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung	247
3. Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung	247
a) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag.....	247
b) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag.....	248
c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	248
d) Zwischenfazit: Kapitalaufbringung im transnationalen SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung.....	248
III. Zusammenfassung: Kapitalaufbringung im SPE-Konzern	249

1. Relevanz eines Kapitalaufbringungsregimes für das Finanzmanagement im Konzern.....	249
2. Isolierte Weisungsrechte.....	249
3. Unionsrechtliches Schutzkonzept.....	249
4. Fazit: Auswirkungen der Konzernstrukturierung auf die Effizienz im SPE-Konzern.....	250
C. Kapitalerhaltung.....	250
I. Relevanz eines Kapitalerhaltungsregimes für das Finanzmanagement im Konzern.....	250
II. Unterschiede im SPE-Konzern.....	251
1. Nationaler SPE-Konzern.....	251
a) SPE-Konzern als faktischer Konzern deutschen Rechts.....	251
(1) Unionsrechtliches Schutzkonzept.....	251
(a) Ausschüttungsbegriff.....	251
(b) Ausschüttungsempfänger.....	252
(c) Satzungszulassung von Zwischendividenden.....	254
(d) Erlaubnis von Sachausschüttungen.....	255
(e) Bilanztest.....	256
(i) Zugrundeliegende Bilanz und Verfahren.....	256
(ii) Anwendbares Bilanzrecht.....	257
(iii) Ausschüttungssperren.....	258
(C) Schutz eines Sockelbetrags.....	258
(D) Begrenzung auf den Bilanzgewinn.....	259
(E) Besonderheiten bei Zwischendividenden.....	260
(F) Zwischenfazit: Zwei bilanzbasierte Ausschüttungssperren.....	260
(iv) Einschränkungende Auslegung bei konzerninternen Geschäften.....	261
(f) Solvenztest.....	263
(i) Inhalt und Verfahren des Solvenztests.....	263
(ii) Flankierendes oder alternatives Solvenztesterfordernis.....	264
(iii) Einschränkungende Auslegung bei konzerninternen Geschäften.....	265
(g) Ergänzenende Anwendung nationalen Rechts?.....	266
(i) Anwendung über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU.....	266
(A) Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen.....	266
(B) Zwischendividenden.....	267
(C) Zwischenfazit: Keine Anwendung über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU.....	268
(ii) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU.....	268

(iii) Anwendung über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU	268
(A) Financial Assistance	268
(B) Auslegung des SPE-VOE-HU im Übrigen	269
(iv) Zwischenfazit: Alleinige Anwendung von Unionsrecht	270
(h) Zwischenfazit: Unionsrechtliches Schutzkonzept	270
(2) Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalerhaltung	271
(a) Unionsrechtliche Rechtsfolgen	271
(i) Gesellschafterhaftung	271
(A) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 22 SPE-VOE-HU	271
(B) Rechtsfolgen des Art. 22 SPE-VOE-HU	273
(ii) Organhaftung	274
(b) Nationalrechtliche Rechtsfolgen	274
(i) Gesellschafterhaftung	274
(A) Anwendung über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU	274
(B) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU	275
(C) Anwendung über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU	275
(ii) Organhaftung	278
(A) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU	278
(B) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU	278
(c) Zwischenfazit: Unions- und nationalrechtliche Rechtsfolgen	279
(3) Zwischenfazit: Ausschüttungen im faktischen SPE-Konzern deutschen Rechts	279
b) SPE-Konzern als Vertragskonzern deutschen Rechts	280
(1) Verhältnis des deutschen Vertragskonzernrechts zum Unionsrecht	280
(2) Vereinbarkeit mit Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU	281
(3) Vereinbarkeit mit Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU	282
(4) Zwischenfazit: Mögliche Effizienzsteigerungen im SPE- Vertragskonzern	282
c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	283
d) Zwischenfazit: Kapitalerhaltung im nationalen SPE-Konzern	283
2. Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung	284
a) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag	284
(1) Bilanztest	284
(2) Solvenzttest	285
(3) Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalerhaltung	286
(a) Unionsrechtliche Rechtsfolgen	286

(b) Nationalrechtliche Rechtsfolgen	287
(i) Gesellschafterhaftung	287
(ii) Organhaftung	288
b) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag?	289
c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	289
d) Zwischenfazit: Kapitalerhaltung im transnationalen SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung	289
3. Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung	290
a) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag	290
(1) Bilanz- bzw. Solvenzttest	290
(2) Publizität im Verwaltungssitzstaat	291
(3) Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalerhaltung	292
(a) Unionsrechtliche Rechtsfolgen	292
(b) Nationalrechtliche Rechtsfolgen	293
(i) Gesellschafterhaftung	293
(ii) Organhaftung	294
b) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag	294
c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	295
d) Zwischenfazit: Kapitalerhaltung im transnationalen SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung	295
III. Zusammenfassung: Kapitalerhaltung im SPE-Konzern	296
1. Relevanz eines Kapitalerhaltungsregimes für das Finanzmanagement im Konzern	296
2. Isolierte Weisungsrechte	296
3. Unionsrechtliches Schutzkonzept	297
a) Ausschüttungsbegriff, Ausschüttungsempfänger, Erlaubnis von Zwischendividenden und Sachausschüttungen	297
b) Bilanztest	297
c) Solvenzttest	298
d) Ergänzende Anwendung des nationalen Rechts	299
4. Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalaufbringung	299
a) Unionsrechtliche Rechtsfolgen	299
(1) Gesellschafterhaftung	299
(2) Organhaftung	300
b) Nationalrechtliche Rechtsfolgen	300
(1) Gesellschafterhaftung	300
(2) Organhaftung	300

5. Fazit: Auswirkungen der Konzernstrukturierung auf die Effizienz im SPE-Konzern.....	300
D. Existenz- und Liquiditätsschutz	301
I. Relevanz eines Existenz- und Liquiditätsschutzregimes für das Finanzmanagement im SPE-Konzern	301
II. Unterschiede im SPE-Konzern	302
1. Nationaler SPE-Konzern	302
a) SPE-Konzern als faktischer Konzern deutschen Rechts	302
(1) Schädigungsverbot.....	302
(a) Inhalt und Qualifikation	302
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	303
(i) Lücke im Unionsrecht	303
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	304
(iii) Zwischenfazit: Schädigungsverbot anwendbar	304
(2) Existenzvernichtungshaftung	304
(a) Inhalt und Qualifikation	305
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	306
(i) Lücke im Unionsrecht	307
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	308
(iii) Zwischenfazit: Existenzvernichtungshaftung anwendbar	309
(3) Insolvenzverursachungshaftung	309
(a) Inhalt und Qualifikation	309
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	310
(i) Lücke im Unionsrecht	311
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	312
(iii) Zwischenfazit: Insolvenzverursachungshaftung anwendbar	313
(4) Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung	313
(a) Inhalt und Qualifikation	313
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	314
(i) Lücke im Unionsrecht	315
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	315
(iii) Zwischenfazit: Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung anwendbar	316
(5) Recht der Gesellschafterdarlehen.....	317
(a) Inhalt und Qualifikation	317
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	318
(i) Lücke im Unionsrecht	318

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	319
(iii) Zwischenfazit: Recht der Gesellschafterdarlehen anwendbar	319
b) SPE-Konzern als Vertragskonzern deutschen Rechts.....	320
c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	320
d) Zwischenfazit: Existenz- und Liquiditätsschutz im nationalen SPE-Konzern	321
2. Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung	322
a) Anknüpfung des nationalen Rechts.....	322
b) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag.....	322
(1) Directors' Duties for the Benefit of Creditors	322
(a) Inhalt und Qualifikation	322
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	323
(i) Lücke im Unionsrecht	323
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	323
(iii) Zwischenfazit: Directors' Duties for the Benefit of Creditors anwendbar	324
(2) Piercing the veil-Durchgriffshaftung.....	324
(a) Inhalt und Qualifikation	324
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	325
(i) Lücke im Unionsrecht	325
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	326
(iii) Zwischenfazit: Piercing the Veil-Doktrin anwendbar	327
(3) Directors' Duties to Promote the Success of the Company and to Exercise Independent Judgement.....	327
(a) Inhalt und Qualifikation	327
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	327
(i) Lücke im Unionsrecht	327
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	328
(iii) Zwischenfazit: Duties to Promote the Success of the Company and to Exercise Independent Judgement anwendbar	328
(4) Fraudulent Trading und Wrongful Trading.....	328
(a) Inhalt und Qualifikation	328
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern.....	329
(i) Lücke im Unionsrecht	330
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	330
(iii) Zwischenfazit: Fraudulent Trading und Wrongful Trading anwendbar	331

(5) Anfechtungsrecht	331
(a) Inhalt und Qualifikation	331
(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern	332
(i) Lücke im Unionsrecht	332
(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	332
(iii) Zwischenfazit: Ausländisches Anfechtungsrecht anwendbar	333
c) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag?	333
d) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	333
e) Zwischenfazit: Existenz- und Liquiditätsschutz im transnationalen SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung	334
3. Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung	336
a) Anknüpfung des nationalen Rechts	336
b) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag	336
(1) Schädigungsverbot	336
(a) Anwendbarkeit im Vergleich zu den Directors' Duties for the Benefit of Creditors	336
(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit	336
(2) Existenzvernichtungshaftung	337
(a) Anwendbarkeit im Vergleich zur Piercing the veil-Doktrin	337
(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit	337
(3) Insolvenzverursachungshaftung	338
(a) Anwendbarkeit im Vergleich zu den englischen Directors' Duties	338
(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit	338
(4) Fraudulent Trading und Wrongful Trading	338
(a) Anwendbarkeit im Vergleich zum Zahlungsverbot und zur Insolvenzverschleppungshaftung	338
(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit	339
(5) Anfechtungsrecht	340
(a) Anwendbarkeit im Vergleich zum Recht der Gesellschafterdarlehen	340
(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit	340
c) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag	340
d) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht	341
e) Zwischenfazit: Existenz- und Liquiditätsschutz im transnationalen SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung	341
III. Zusammenfassung: Existenz- und Liquiditätsschutz im SPE-Konzern	342

1. Isolierte Weisungsrechte.....	343
2. Schädigungsverbot bzw. Directors' Duties for the Benefit of Creditors	343
3. Existenzvernichtungshaftung bzw. Piercing the veil-Doktrin	344
4. Insolvenzverursachungshaftung bzw. Directors' Duties	344
5. Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung bzw. Fraudulent Trading und Wrongful Trading.....	345
6. Recht der Gesellschafterdarlehen bzw. englisches Anfechtungsrecht	345
7. Fazit: Auswirkungen der Konzernstrukturierung auf die Effizienz im SPE-Konzern.....	346
E. Zusammenfassung Kapitel 8: Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern	346
F. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern.....	348
I. Verordnungsgeber	348
II. Deutscher Gesetzgeber	350
III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern	350
Kapitel 9 Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne: Gesamtfazit	351
A. Kapitel 2 – Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU	351
B. Kapitel 3 – Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE- Konzern.....	351
C. Kapitel 4 – Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE- Konzern.....	352
D. Kapitel 5 – Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE-Konzern.....	353
E. Kapitel 6 – Unionsrechtliche Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse	354
F. Kapitel 7 – Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht.....	354
G. Kapitel 8 – Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern.....	355
H. Quintessenz für den Verordnungsgeber	355
I. Quintessenz für den deutschen Gesetzgeber	357
Literaturverzeichnis	359
Bücher, Buchbeiträge, Kommentierungen und Aufsätze.....	359
Vorträge, Zeitungsartikel, Pressemitteilungen, Studien, Positionspapiere.....	406
Gesetzgebungsunterlagen	412
Gesetzgebungsunterlagen zur SPE und SUP sowie EMCA-Vorschlag	412
Gesetzgebungsunterlagen zu anderen europäischen Gesellschaftsformen.....	415

Gesellschaftsrechtliche Richtlinien und Richtlinienentwürfe mit Materialien zu Umsetzungsakten	416
Gesetzgebungsunterlagen zum Insolvenzrecht	423
Aktionspläne und Arbeitsprogramme der Kommission	423
Öffentliche Konsultationen	425
Rechnungslegungsunterlagen	426
Synoptische Gegenüberstellung ausgewählter Vorschriften der SPE-VO-Entwürfe	427

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AB	aktiebolag (Schweden)
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AEUV	Konsolidierte Fassung des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Abl. EU 2010 C 115 S. 47)
AG / AGs	Aktiengesellschaft / Aktiengesellschaften (Deutschland)
AktG	Aktiengesetz (Deutschland)
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens – Anfechtungsgesetz (Deutschland)
art. / arts.	article / articles
Art. / Artt.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2479; Deutschland)
ARUG-Beschlussempfehlung	Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 20. Mai 2009
B.V.	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Niederlande)
Betriebsräterichtlinie	Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Neufassung)
BeurkG	Beurkundungsgesetz (Deutschland)
BFH	Bundesfinanzhof (Deutschland)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
Bilanzrichtlinie	Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102; Deutschland)
BilMoG-RegE	Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) vom 30. Juli 2008 (Deutschland)
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrats (Deutschland)

BT-Drs.	Drucksache des Bundestags (Deutschland)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
CA 2006	Companies Act 2006 (England)
CDDA 1986	Company Directors Disqualification Act 1986 (England)
COMI	Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit, center of main interest
CREDA	Centre de Recherche sur le Droit des Affaires der Industrie- und Handelskammer von Paris
Datenbankrichtlinie	Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken
ders.	derselbe
dies.	dieselbe / dieselben
Dritte Schaden- versicherungsrichtlinie	Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung)
EGV	Konsolidierte Fassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABl. EU 2002 C 325 S. 33)
Einheitliche Bilanz- und Konzernbilanzrichtlinie	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen vom 25. Oktober 2011
Einpersonen- gesellschaftsrichtlinie	Zwölfte Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter
EMCA	European Model Company Act
EPG	Europäische Privatgesellschaft
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582)
ESUG-RegE	Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 4. Mai 2011
et. seq. / et seqq.	et sequentes / fortfolgende
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (amtlich: Gericht; vor dem Vertrag von Lissabon amtlich: Gericht erster Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof (amtlich: Gerichtshof)
EuGVO	Verordnung des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUV	Konsolidierte Fassung des Vertrages über die Europäische Union (ABl. EU 2010 C 115 S. 13)
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung

	(EWIV)
f. / ff.	folgende / fortfolgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Deutschland)
FE	Fundatio Europaea, Europäische Stiftung
FE-VOE	Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE) vom 8. Februar 2012
Fn.	Fußnote / Fußnoten
FRS	Financial Reporting Standard (England)
GAAP	generally accepted accounting principles
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH / GmbHs	Gesellschaft mit beschränkter Haftung / Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Deutschland)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Deutschland)
Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie	Richtlinie 2005/56/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten
Grünbuch Corporate Governance	Grünbuch „Europäischer Corporate Governance-Rahmen“ der Kommission vom 11. April 2011, KOM(2011) 164/3
HGB	Handelsgesetzbuch (Deutschland)
i. e.	id est (das heißt)
i. V. m.	in Verbindung mit
IA 1986	Insolvency Act 1986 (England)
IAS	International Accounting Standard(s)
IAS-24-Übernahmeverordnung	Verordnung (EG) Nr. 632/2010 der Kommission vom 19. Juli 2010 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards
IASB	International Accounting Standards Board
IAS-Verordnung	Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards
ICAEW	Institute of Chartered Accountants in England and Wales
ICAS	Institute of Chartered Accountants of Scotland
id.	idem, derselbe / dieselbe
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
IDW RS HFA	Stellungnahme zur Rechnungslegung des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
IFRS	International Financial Reporting Standard(s)

InsO	Insolvenzordnung (Deutschland)
InsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren – Insolvenzverordnung
IntVG	Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union – Integrationsverantwortungsgesetz (Deutschland)
IPR	Internationales Privatrecht
Kap.	Kapitel
Kapitalrichtlinie	Zweite Richtlinie 77/91/EWG bzw. Richtlinie 2012/30/EU
Kapitalrichtlinie a. F.	Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten
Kapitalrichtlinie n. F.	Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
Konsolidierte-IFRS-Übernahmeverordnung	Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 der Kommission vom 3. November 2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards
Konzernabschlussrichtlinie	Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 über den konsolidierten Abschluss
Limited-Mustersatzung	Model Articles for Private Companies Limited by Shares, The Companies (Model Articles) Regulations 2008, SI 2008/3229, reg. 2, Schedule 1
lit. / litt.	litera (Buchstabe) / literae (Buchstaben)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Mn.	margin number(Randnummer) / margin numbers (Randnummern=
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (BGBI. I S. 2026)
MoMiG-RegE	Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Verhinderung von Missbräuchen (MoMiG) vom 25. Juli 2007
Mutter-Tochter-Richtlinie	Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten
n. F.	neue Fassung
N.V.	naamloze vennootschap (Niederlande)

Nr. / Nrn.	Nummer / Nummern
p. / pp.	page (Seite) / pages (Seiten)
Parlamentsbericht	Bericht des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 29. November 2006
plc	public limited company (England)
RegE	Regierungsentwurf
RLE-Anhang I	Entwurf für Anhang I der Verordnung des Rates über über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter
RLE-Anhang II	Entwurf für Anhang II der Verordnung des Rates über über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter
Rn.	Randnummer
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
ROM-II-Verordnung	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rs.	Rechtssache
S.	Seite / Seiten
S.à.r.l.	Société à responsabilité limitée (Frankreich)
SCE	Societas Cooperativa Europaea, Europäische Genossenschaft
SCE-VO	Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE)
SE	Societas Europaea, Europäische Gesellschaft
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) vom 22. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3675)
sec. / secc.	section / sections
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (Deutschland)
SEEG-RegE	Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG), BR-Drs. 438/04 vom 28. Mai 2004
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SMC	Simplified Single Member Company, Vereinfachte Einpersonen-Kapitalgesellschaft
Spaltungsrichtlinie	Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17. Dezember 1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften
SPE / SPEs	Societas Privata Europaea / Societates Privatae Europaeae, Europäi-

	sche Privatgesellschaft / Europäische Privatgesellschaften
SPE-VO	Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (EU)
SPE-VOE-CREDA-1997	Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft auf Basis der Studien des Centre de Recherche sur le Droit des Affaires – CREDA – der Industrie- und Handelskammer von Paris von 1997
SPE-VOE-CREDA-2006	Aktualisierter Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft auf Basis der Studien des Centre de Recherche sur le Droit des Affaires – CREDA – der Industrie- und Handelskammer von Paris von 2006
SPE-VOE-CZ	Kompromissvorschlag der <i>tschechischen Ratspräsidentschaft</i> vom 27. April 2009 für die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
SPE-VOE-FR	Kompromissvorschlag der <i>französischen Ratspräsidentschaft</i> vom 11. Dezember 2008 für die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
SPE-VOE-HU	Kompromissvorschlag der <i>ungarischen Ratspräsidentschaft</i> vom 23. Mai 2011 für die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (EU)
SPE-VOE-K	Vorschlag der <i>EU-Kommission</i> für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 25. Juni 2008
SPE-VO-Entwürfe	Bislang vorliegende Vorschläge für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
SPE-VOE-P	Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
SPE-VOE-SE	Kompromissvorschlag der <i>schwedischen Ratspräsidentschaft</i> vom 3./4. Dezember 2009 für die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
SUP	Societas Unius Personae, Europäische Einpersonengesellschaft
SUP-RL	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter
SUP-RLE-K	Vorschlag der <i>EU-Kommission</i> für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter vom 9. April 2014
Textslg.	Textsammlung
Transparenzrichtlinie	Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind
u. U.	unter Umständen
Übernehmerichtlinie	Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) (Deutschland)

v.	vom
v. a.	vor allem
Verschmelzungsrichtlinie	Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften
vgl.	vergleiche
VO-Anhang I	Anhang I der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (Regelungsaufträge)
VOE-Anhang I	Entwurf für Anhang I der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (Regelungsaufträge)
VOE-CZ-Anhang I	Kompromissvorschlag der <i>tschechischen Ratspräsidentschaft</i> vom 27. April 2009 für Anhang I der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
VOE-FR-Anhang I	Kompromissvorschlag der <i>französischen Ratspräsidentschaft</i> vom 11. Dezember 2008 für Anhang I der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
VOE-HU-Anhang I	Kompromissvorschlag der <i>ungarischen Ratspräsidentschaft</i> vom 23. Mai 2011 für Anhang I der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
VOE-K-Anhang I	Vorschlag der <i>EU-Kommission</i> für eine Verordnung des Rates für Anhang I der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
VOE-SE-Anhang I	Kompromissvorschlag der <i>schwedischen Ratspräsidentschaft</i> vom 3./4. Dezember 2009 für Anhang I der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
z. B.	zum Beispiel
Zweite Banken-Koordinierungsrichtlinie	Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute

Kapitel 1 Einleitung – Transnationale Konzerne in Europa vor dem Aufbruch in ein neues Zeitalter?

A. Problemstellung und Zielsetzung der Untersuchung

Es regt sich was im europäischen Gesellschaftsrecht:¹ Die Kommission überlegt, „wie der vorhandene Rahmen an die Entwicklungen des 21. Jahrhunderts angepasst werden könnte“,² und hat daher auf Grundlage einer öffentlichen Konsultation³ am 12. Dezember 2012 einen Aktionsplan zum europäischen Gesellschaftsrecht und zur Corporate Governance vorgelegt.⁴ Da die „grenzübergreifende Dimension der Wirtschaft“ „natürlich“ „enorm an Bedeutung gewonnen“ habe, stehen alle erdenklichen Projekte auf dem Prüfstand. Im Fokus stehen in besonderem Maße transnationale Konzerne, denen Werkzeuge für eine effiziente und rechtssichere Strukturierung und Lenkung an die Hand gegeben werden sollen.⁵

Als Heilsbringer galt lange die supranationale *Societas Privata Europaea*, kurz SPE: Mithilfe dieser *Europa-GmbH* – so die Idee – könnten sich die Unternehmen einen Konzernbaustein schaffen, dessen Klone sie europaweit einheitlich einsetzen können.⁶ Doch wie schon vorhergehende Projekte leidet das SPE-Projekt an den hartnäckigen, schon traditionellen Hemmschuhen Sitzaufspaltung, Mindestkapital und Mitbestimmung.⁷ Nach einem Veto Deutschlands und Schwedens wurden weitere Einigungsbemühungen zunächst gestoppt⁸ und wurde erwogen, die SPE ohne Beteiligung der opponierenden Mitgliedstaaten einzuführen.⁹ Obgleich die SPE nach wie

¹ Frei nach dem Satz „*Es regt sich was im Odenwald*“ Joseph Victor von Scheffels in seinem Gedicht „*Rodensteins Auszug*“.

² Kommission, Pressemitteilung v. 20. Februar 2012.

³ Detaillierte Informationen abrufbar unter

http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_de.htm#consultation2012.

⁴ Kommission, Aktionsplan 2012.

⁵ Vgl. Kommission, Aktionsplan 2012, Nr. 4.6 (S. 17); *dies.*, FAQ zum Aktionsplan, S. 5; *dies.*, Feedback Statement, Fragen 13 und 19 (S. 9, 12); *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 58, 59 ff.; vgl. dazu *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 18 Rn. 100, 108 – die Vorschläge haben eine „neue Phase eingeläutet“; *Drygala*, AG 2013, 198, 199, 203 – „innerhalb Europas ein dringendes Anliegen der Praxis“, daher „Druck auf das Konzernrecht“; besonders anschaulich und eindringlich *Chiappetta*, Positionspapier, S. 4 f.; *Hopt*, ZGR 2013, 165, 172, 213 – „vor einem neuen Aufschwung“; mahnend *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 288, 290.

⁶ Vgl. auch *Europäische Kommission*, Feedback Statement 2007; Pressemitteilung *KPMG* v. 2. März 2009 zu einer Umfrage bei Industrieunternehmen, Banken und Versicherungen mit einem Schwerpunkt bei Unternehmenseinheiten mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern; *Kallmeyer*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 84; *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 63 ff.; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 902 f.; *Teichmann*, RIW 2010, 120, 122 f., 124; *Pläster*, Treuepflicht, S. 60, 67 f., 71 f., 74 f., 86 f., 91, 93; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 216; *Hommelhoff/Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 14 et seq.; *Drury*, in: ECFR-Special 2013, pp. 33, 36 et seq.; *Chiu*, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 48, 61 et seq., 64 – „milestone project in the history of European company law“ and „new superhighway“; *Martens*, Managementstrukturen, S. 25, 239; *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 373 f.; *Conac*, ECFR 2013, 194, 197 f.; relativierend *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 76 et seq., 79 et seq.; zweifelnd *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 314, 337; *deErice/Gaude*, DStR 2009, 857, 859 ff.; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 850; die Argumente gegenüberstellend *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 183, 184 f., 193 ff.

⁷ Vgl. SPE-VOE-HU S. 1 ff.

⁸ Vgl. *Rat*, Pressemitteilung v. 31. Mai 2011.

⁹ Vgl. *Brächer*, Handelsblatt v. 21. August 2012; *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 183, 211; *Hommelhoff/Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 28 et seq.; in diese Richtung bereits die Bemerkungen von *Lehne*, Vortrag, S. 5; *Hommelhoff/Teichmann*, FAZ vom 28. Juni 2011; sich weiterhin dafür aussprechend, aber politische Vorbehalte andeutend *Hom-*

vor zahlreiche Verfechter hat,¹⁰ sehen immer mehr Entmutigte die SPE als endgültig gescheitert an¹¹ und sprechen sich für eine weitere Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte anstelle der weiteren Entwicklung supranationaler Gesellschaftsformen aus.¹² Aus diesem Grund hat die *Kommission* ihre Analysen verstärkt, wie der Rechtsrahmen für grenzüberschreitend tätige Unternehmen und Unternehmensgruppen verbessert werden könnte.¹³ Hierbei soll u. a. ausgelotet werden, ob und inwiefern besser weitergehende Harmonisierungen – etwa durch Regelung eines *Gruppeninteresses*¹⁴ bzw. des Grundgerüsts für eine SMC als vereinfachte Einpersonengesellschaft¹⁵ – oder vielleicht doch die SPE als supranationale Gesellschaftsform die gewünschten Erleichterungen für transnationale Konzerne erreichen können.

Dadurch war das Wettstreifen um die besten Ideen eröffnet, die Ergebnisse begannen sich zu überschlagen. Am 2. Oktober 2013 teilte die *Kommission* zunächst mit, den SPE-VOE-K zurücknehmen zu wollen, und kündigte die „*Unterbreitung eines neuen Vorschlags in diesem Bereich*“ an.¹⁶ Am 8. Oktober 2013 veröffentlichte eine Expertengruppe die Einleitung und zwei Kapitel eines *European Model Company Act (EMCA)* und machte sie zum Gegenstand einer öffentlichen Konsultation.¹⁷ Der *EMCA* soll ein Modell für die Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte sein, wobei das Kapitel für Unternehmensgruppen mit dreißig Seiten äußerst ausführlich geraten ist. Bereits am 9. April 2014 legte die *Kommission* dann einen Vorschlag für eine *Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter* vor, also für eine vereinfachte Einper-

melhoff, AG 2013, 211, 220; skeptisch Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 43 Rn. 5; Helms, in: FS Hommelhoff, S. 369, 381; Lévi, in: FS Hommelhoff, S. 661, 681; Neville, in: FS Hommelhoff, S. 835, 851.

¹⁰ Vgl. *Kommission*, Aktionsplan 2012, Nr. 4.4 (S. 15); *dies.*, Feedback Statement, Frage 13 (S. 8); *Parlament*, Entschließung v. 14. Juni 2012; *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 30; *dies.*, ECFR 2013, 304, 321 – SMC only second best solution; Roesener, NZG 2013, 241, 242 ff.; *Perspektive Mittelstand*, Pressemitteilung v. 22. Februar 2012; *Delhaes*, Handelsblatt v. 22. September 2011; *Hommelhoff/Teichmann*, FAZ vom 28. Juni 2011; *BVMW*, Positionspapier; zuversichtlich Tzakas, ZEuP 2011, 756, 777; *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 15; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 14 ff.; *Ries*, NZG 2014, 569; offenlassend Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 43 Rn. 5; *Schmidt*, in: Aktuelles GmbH-Recht, S. 8, 38 f.; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 14; *Grote*, Sonderprüfung, S. 92 f., 95 f., 131 f.; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 35; ermutigend *Schumacher/Stadtmüller*, GmbHR 2012, 682, 686; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 221; *ders./Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 6, 31 et seq.; *Isiki*, SPE, S. 68 ff.; *Teichmann*, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39; *Versé/Wiersch*, EuZW 2014, 375, 381, 382; *Dreher*, NZG 2014, 967, 971 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2014, 177, 186; gleichzeitig an der politischen Durchsetzbarkeit in Deutschland zweifelnd *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 183, 193 ff., 215; nur von einer Verschiebung ausgehend *Wicke*, ZGR 2012, 450, 464; *Hopt*, ZGR 2013, 165, 198 f.; *Conac*, ECFR 2013, 194, 198; wohl auch *Hupka*, GWR 2013, 59, 60; zuletzt vorsichtiger *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 289, 299.

¹¹ Markant *Ulrich*, GmbHR 2011, R229; *ders.*, GmbHR 2011, R241-R242; *ders.*, jurisPR-HaGesR 10/2011 v. 25. Oktober 2011; *Noack*, Rechtsboard v. 22. Juli 2013; *Drygala*, EuZW 2014, 491, 492, 497; vorsichtiger *Klöhn*, RabelsZ 76 (2012), 276, 282; skeptisch auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 20 f., 242 f.; bereits im Jahr 2009 skeptisch *Neye*, in: FS Hüffer, 717, 722; von englischer Seite ohnehin kein Erfordernis für die Einführung einer SPE sehend *Hannigan*, Company Law, mn. 2-51.

¹² Zum disparaten Meinungsbild innerhalb der Reflektionsgruppe vgl. *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 29; vgl. auch *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 183, 187 (mit Fn. 29); *Hommelhoff/Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 28.

¹³ *Kommission*, Aktionsplan 2012, NRn. 4.4 (S. 15 f.), 4.6 (S. 17); *Hommelhoff*, AG 2013, 211; *Schmidt*, GmbHR 2013, R33, R34.

¹⁴ Dazu *Schmidt*, GmbHR 2013, R 33, R34; *Drygala*, AG 2013, 198, 201; *Teichmann*, AG 2013, 184, 188 ff.

¹⁵ Grundlegend *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 66 ff.; dazu *Drygala*, AG 2013, 198, 201; *Teichmann*, AG 2013, 184, 188 ff.; *Hommelhoff/Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 29; ausführlich *Hommelhoff*, AG 2013, 211 ff.; für die Abkürzung SEUP *Noack*, Rechtsboard v. 22. Juli 2013.

¹⁶ *Kommission*, REFIT-Mitteilung, p. 8; *dies.*, Annex REFIT-Mitteilung, p. 9.

¹⁷ *EMCA-Gruppe*, EMCA-Introduction, EMCA-Chapter 1 und EMCA-Chapter 16; Konsultation unter <http://law.au.dk/emca>.

sonengesellschaft namens *Societas Unius Personae*, kurz SUP.¹⁸ Diese SUP soll als „eine Alternative zur SPE“¹⁹ ebenso wie jene die Effizienz in transnationalen Konzernen steigern, aber anders als die SPE lediglich auf harmonisiertem nationalen Recht beruhen.²⁰ Seither ist eine heftige Diskussion über die Sinnhaftigkeit des SUP-Vorschlags²¹ und darüber entbrannt, ob im Vergleich zur SUP nicht doch die SPE das bessere Mittel ist, um die überfällige Förderung europäischer Konzerne zu erreichen.²²

Der SPE-Vorschlag und dessen Rücknahme, der EMCA-Vorschlag, der SUP-Vorschlag sowie die diesbezüglichen Diskussionen belegen, dass das Thema *Effizienzsteigerung für transnationale Unternehmen und Konzerne* nicht nur besonders dringlich, sondern auch äußerst komplex und schwierig ist. Die wirtschaftliche Wirklichkeit grenzüberschreitender Konzerne zwingt dazu, auch auf rechtlicher Ebene nationale Denkmuster zu überwinden und gemeinsame Lösungen zu finden. Hierbei bietet der Kampf der nationalen Konzernrechtskulturen die Chance, nicht lediglich Kompromisse, sondern einen Konsens und dadurch eine innovative supranationale Konzernrechtskultur zu schaffen.²³ Der SPE-Vorschlag hat die notwendigen Diskussionen wiederbelebt, der SUP-Vorschlag intensiviert sie. Daher liegt in der Rücknahme des SPE-Vorschlags und Vorlage des SUP-Vorschlags keine endgültige Abwendung vom SPE-Projekt, sondern ein politisches und psychologisches Mittel, um die zermürbten Beteiligten zur weiteren Diskussion und schlussendlichen Problemlösung zu motivieren. Aus dieser Sicht ist die SPE als eine der möglichen Lösungsalternativen nach wie vor auf dem Tapet.

Diese Phase der Diskussionen sollte für die Untersuchung genutzt werden, ob und inwiefern die SPE sich überhaupt als Baustein transnationaler Konzerne eignet.²⁴ Sollte sich herausstellen, dass die SPE eigentlich nicht zu nennenswerten Effizienzsteigerungen und Kosteneinsparungen führen kann, wäre sie aus Konzernsicht entzaubert und könnte getrost zu Grabe getragen werden. Sollte die Untersuchung allerdings zeigen, dass die SPE die überfälligen Erleichterungen tatsächlich erzielen kann,²⁵ sollte sie unbedingt wiederbelebt werden. Freilich werden konzernrechtliche Fragestellungen im SPE-VOE-HU nicht ausdrücklich und in den bis dato vorliegenden Stellungnahmen allenfalls sporadisch angesprochen.²⁶ Eine genauere Untersuchung könnte aber zunächst ergeben, dass sich die Verhältnisse im SPE-Konzern nach dem Recht der Mitgliedstaaten richten. Dann könnte der transnationale Konzern z. B. dadurch einheitlich strukturiert werden, dass mithilfe der Aufspaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz ein bestimmtes nationales Konzernrecht gewählt wird. Möglicherweise gelingt es aber auch, mithilfe der umfangreichen Regelungsaufträge des Unionsgesetzgebers an den Satzungsgeber durch besondere

¹⁸ Vgl. SUP-RLE-K, SUP-RLE-K-Annex I, SUP-RLE-K-Annex II.

¹⁹ Bzw. „an alternative approach to the SPE“ bzw. „une autre solution que la SPE“; vgl. SUP-RLE-K Begründung 1 (S. 3).

²⁰ Vgl. SUP-RLE Begründungen 1., 2. und 3. (S. 2 f., 4 ff.), Erläuterung (S. 9).

²¹ Aufgeschlossen z. B. *Drygala*, EuZW 2014, 491 ff.; kritisch dagegen z. B. *Bundesrat*, Stellungnahme, BR-Drs. 165/14 (Beschluss), insbes. S. 1, 9 f.; *BDA/BDI/DIHK*, Stellungnahme, insbes. S. 2 f., 10; *BRÄK*, Stellungnahme, insbes. S. 3.

²² So *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 221; *ders./Teichmann*, GmbHR 2014, 177, 186; *dies.*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 29, 31; *Schmidt*, in: Aktuelles GmbH-Recht, S. 8, 39; *Verse/Wiersch*, EuZW 2014, 375, 381, 382; *Dreher*, NZG 2014, 967, 971 f.; *BDA/BDI/DIHK*, Stellungnahme, S. 2; in dieselbe Richtung *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 197; vgl. auch den Hinweis in SUP-RLE-K Begründung 2 (S. 4 f.).

²³ Allgemein zu den Grundmustern der Konfliktlösung *Heigl*, Konflikte, S. 23 ff.

²⁴ Ähnlich *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 183, 188; *Roesener*, NZG 2013, 241, 242 ff.

²⁵ So *Hommelhoff*, in: *ders./Schubel/Teichmann/SPE*, S. 23, 35.

²⁶ Vgl. *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 286, 295, 299 f.; *Brems/Cannivé*, Der Konzern 2008, 629, 637 (mit Fn. 98); *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 59 f.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 47; *Hommelhoff/Teichmann*, 897, 909; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 217 ff., S. 220 ff.; *deErice/Gaude*, DStR 2009, 857, 859; *Pläster*, Treuepflicht, S. 45 f.; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 216; mit ausführlicheren Untersuchungen freilich zuletzt *Kneisel*, SPE im Konzern, sowie *Martens*, Managementstrukturen.

Gestaltungen einen SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht zu formen. Damit würde der SPE-VOE-HU den Unternehmen sogar gleich *zwei* attraktive Wege für einen effizienten Konzernaufbau ebnen. Würde der SPE-VOE das Tor einerseits zum nationalen Recht und andererseits zur supranationalen Gestaltung öffnen, würde sich die SPE als Testfeld für *beide* Grundströmungen für die Effizienzsteigerung im transnationalen Konzern entpuppen: Dem Wettbewerb und der Harmonisierung der nationalen Rechte auf der einen und dem supranationalen Sonderweg auf der anderen Seite.²⁷

Die vorliegende Arbeit untersucht also die Eignung der SPE als Baustein transnationaler Konzerne. Diese Frage muss beantwortet werden, bevor beantwortet wird, ob und inwiefern die SUP ein besserer Konzernbaustein als die SPE wäre. Die Konzerneignung der SUP zu untersuchen oder gar einen Vergleich zwischen SPE und SUP anzustellen kann und möchte diese Arbeit nicht leisten. Indem allerdings der SUP-Vorschlag als sogenanntes *Follow-up* bzw. Alternativvorschlag zum SPE-Vorschlag gemeint ist,²⁸ profitiert von der Untersuchung des SPE-Vorschlags auch das SUP-Projekt. Denn gleich welche Lösungsalternative verfolgt wird, dürfte sich schnell zeigen, dass die besagten drei Hemmschuhe früher oder später ohnehin aus dem Weg geräumt werden müssen.²⁹ Gleichzeitig muss die Frage nach möglichen Regelungen eines Gruppeninteresses³⁰ beantwortet werden. Nichtsdesto-trotz würde es freilich am meisten lohnen, die erwähnten Hemmschuhe bei dem bereits sehr weit fortgeschrittenen SPE-Projekt zu überwinden. Damit ließen sich die von den Unternehmen ersehnten Erleichterungen am zügigsten verwirklichen.³¹

Durch ihre Untersuchungen und Ergebnisse möchte diese Arbeit dem Verordnungs- und deutschen Gesetzgeber sowie Unternehmern und Interessenvertretern eine Entscheidungshilfe an die Hand geben, ob und unter welchen Voraussetzungen das SPE-Projekt weiter verfolgt werden sollte.

B. Methode und Gegenstand der Untersuchung

Angesichts der (zunächst) verbleibenden Unterschiede in Besteuerung, Rechnungslegung und Mitbestimmung dürfte sich die Rechtsformwahlfrage für Konzerne danach entscheiden, ob die SPE in gesellschafts- und konzernrechtlicher Hinsicht Effizienzgewinne und Kostenersparnisse verschafft.³² Solche erscheinen nur dann möglich, wenn sich der SPE-Konzern weitestgehend einheitlich und einfach gestalten und führen lässt, und wenn die Risiken aus Rechtsunsicherheit und möglicher Haftung gering und beherrschbar sind.

Hierbei eignet sich die Konzernfinanzierung in besonderem Maße als *Lackmustest*³³ für die Attraktivität der SPE für transnationale Konzerne. Denn einerseits ist die Konzernfinanzierung für die Leitung von Unternehmen von

²⁷ Für einen Praxistest der SPE auch *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 196 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 15; vgl. auch *Teichmann*, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 46 ff.

²⁸ Vgl. *Kommission*, REFIT-Mitteilung, p. 8; *dies.*, Annex REFIT-Mitteilung, p. 9; SUP-RLE-K, Begründung 1 (S. 1 f.)

²⁹ In dieselbe Richtung *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 214, 219 f., 221; *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 183, 212.

³⁰ *Kommission*, Aktionsplan 2012, Nr. 4.6 (S. 17).

³¹ Ähnlich mit Blick auf die Vorschläge zur SUP *Hommelhoff*, AG 2013, 211; *ders./Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 29, 31; *Schmidt*, in: Aktuelles GmbH-Recht, S. 8, 39; in dieselbe Richtung *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 197.

³² Ähnlich *Pläster*, Treuepflicht, S. 74 f.; *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 185, 194 f.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 25; zum Steuerrecht der SPE ausführlich *Witt*, in: ECFR-Special 2013, pp. 397 et seqq.; *dies.*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 213 ff.

³³ Vgl. *Unterstätter*, Süddeutsche Zeitung v. 24. Juni 2010.

geradezu zentraler Bedeutung.³⁴ Andererseits könnten die rechtswissenschaftlichen und -politischen Schutzgedanken, die das Recht der Konzernfinanzierung prägen und deren Anwendung im SPE-Konzern überprüft werden muss, dem Erreichen des Effizienzziels im Wege stehen. Das wäre z. B. der Fall, soweit sie den Gestaltungsfreiraum der Unternehmen von vorneherein begrenzen bzw. Fragen einem zersplitterten nationalen Recht überantworten. Wenn also die SPE bereits im Bereich der Konzernfinanzierung den nationalen Rechtsformen überlegen ist, dann ist sie es – so die These – erst recht in anderen gesellschafts- und konzernrechtlichen Bereichen. Bei der Durchführung des *Lackmustests* wird aufsteigenden Darlehen – isoliert oder im *cash pool* – im Konzern ganz besondere Aufmerksamkeit gewidmet, da sich hier – so die These – die gesellschaftsrechtliche Seite der SPE mit ihren Schnittstellen zum Delikts- und Insolvenzrecht besonders deutlich zeigen lässt.

Schwierigkeiten an den Schnittstellen zwischen supranationalem und nationalem Recht treten besonders deutlich hervor, wenn die Konzerngesellschaften ihren Sitz in Mitgliedstaaten mit sehr unterschiedlichen Rechtstraditionen unterhalten. Das zeigt sich beispielsweise in der unterschiedlichen Gewichtung vor- und nachgelagerter Instrumente des Gläubigerschutzes,³⁵ aber beispielsweise auch beim Zusammenspiel von Rechnungslegung und Ausschüttungsbemessung.³⁶ Aus diesem Grund zieht die vorliegende Arbeit immer wieder Vergleiche zwischen der Rechtslage bei einer deutschen SPE-Konzernmutter mit SPE-Töchtern in verschiedenen Mitgliedstaaten, und zwar einerseits mit einer SPE-Tochter mit Sitz in Deutschland und andererseits einer SPE-Tochter mit Sitz in England.³⁷ Durch die Wahl zweier relativ verschiedener Rechtsordnungen dürfte der Vergleich auch in denjenigen Fällen als Indikator dienlich sein, in denen SPE-Töchter in anderen Jurisdiktionen in Frage stehen.

C. Grundlage der Untersuchung

Grundlage der Untersuchung ist der SPE-VOE-HU als zuletzt vorliegender politischer Kompromissvorschlag für das SPE-Statut. Zunächst ist grundsätzlich nicht zu erwarten, dass den Aufbau des transnationalen Konzerns berührende Fragestellungen noch einmal aufgeschnürt werden.³⁸ Die Vorgängerentwürfe zum SPE-VOE-HU werden daher nur im Rahmen einer historischen Auslegung des SPE-VOE-HU beleuchtet.

³⁴ So wörtlich und pointiert *Lutter/Scheffler/U.H. Schneider*, in: HB KonzFin, 1998, Vorwort S. V.

³⁵ Allgemein *Fleischer*, MÜKo-GmbHG, Einl. Rn. 285 ff.; *ders.*, Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Finanzierung der GmbH Rn. 85 ff.

³⁶ Zum deutschen Recht *von der Laage/Reusch*, NZG 2009, 245; *Winkeljohann/Morich*, BB 2009, 1630, 1633; zum englischen Recht *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610, 1612 (mit Fn. 34).

³⁷ Bzw. dem Vereinigten Königreich.

³⁸ In dieselbe Richtung *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 6; *Gutsche*, in: FS Hommelhoff, S. 285, 293; *Jung*, GesRZ 2012, 153; *dies.*, Kapitalverfassung, S. 14, 17; in Bezug auf die Organisationsverfassung *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 29 f., 33 f., 46; vgl. auch *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 216.

Kapitel 2 Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU

A. Konzernbegriff

Bevor der SPE-VOE-HU auf seine konzernrechtliche Dimension hin untersucht werden kann, gilt es den Konzernbegriff als solchen zu umreißen. Unternehmensgruppen können sprachlich umschrieben und rechtlich definiert werden.

Für die sprachliche Umschreibung einer Unternehmensgruppe existieren die verschiedensten Begriffe. Deutsche Rechtswissenschaftler gebrauchen ungeachtet der im deutschen Recht vorhandenen Definition häufig den Oberbegriff *Konzern*.³⁹ Demgegenüber sprechen ausländische Rechtswissenschaftler von der *Gruppe*⁴⁰ und verstehen den Begriff *Konzern* eher als Hinweis auf ein nach deutschem Vorbild speziell und zusammenhängend geregeltes *Konzernrecht*.⁴¹ Dem folgt der Verordnungsgeber, beispielsweise mit seiner jüngsten, ausdrücklich nur auf das Insolvenzrecht bezogenen Definition für *Unternehmensgruppen*.⁴² Diese Arbeit schließt sich der in Deutschland vorherrschenden Terminologie an und verwendet die Begriffe des *Konzerns* oder *Konzernrechts* in einem weiten, übergeordneten Sinne gleichbedeutend mit *Gruppe* bzw. *Recht der Unternehmensgruppe*. Die Mitglieder eines Konzerns werden häufig als *verbundene Unternehmen* bzw. *nahestehende Unternehmen und Personen*, als *Muttergesellschaft* bzw. *herrschendes Unternehmen* oder als *Tochtergesellschaft* bzw. *beherrschtes oder abhängiges Unternehmen* bezeichnet. Die vorliegende Arbeit gebraucht die neutraleren Begriffe *übergeordnetes* und *nachgeordnetes* Unternehmen.

Für die rechtliche Definition einer Unternehmensgruppe stehen mit dem *Control-Konzept* und dem *Herrschaftskonzept* verschiedene Konzepte zur Verfügung. Bei diesen Konzepten handelt es sich um zwei im Detail verschiedene, im Ergebnis aber durch verschiedene Ausnahmetatbestände einander angenäherte Modelle zur Beschreibung eines Konzernsachverhalts.⁴³

³⁹ Vgl. *Habersack, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Einl. Rn. 1; zur Anwendung des deutschen Konzernbegriffs auf die SPE *Martens, Managementstrukturen*, S. 161, 168.

⁴⁰ Z. B. *groups* im Englischen oder *groupes* im Französischen; vgl. *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 691 ff.; *Druey*, DJT-Gutachten 1992, S. H 5 ff., H 20 ff.; *Druey*, in: FS Hommelhoff, S. 135, 149 f.; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16, Introduction; SPE-VOE-K Begründung 2. (S. 2); SUP-RLE-K Begründung 1. (S. 2, 8), Erwägung 23 (S. 13).

⁴¹ Vgl. *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59; *Chiappetta*, Positionspapier, S. 6; *Druey*, DJT-Gutachten 1992, S. H 32; *Cognac*, Positionspapier, S. 1; *Druey*, in: FS Hommelhoff, S. 135, 155 f.

⁴² Vgl. Erwägung 7 (S. 14), Art. 2 litt. i, j Eulns-VOE.

⁴³ Dem *Control-Konzept* folgen z. B. England, Belgien, Frankreich, Italien, Spanien und Polen, Art. 2 lit. j Eulns-VOE, Konzernabschlussrichtlinie, Betriebsräterichtlinie, Zweite Bankenkoordinierungsrichtlinie, Dritte Schadenversicherungsrichtlinie, Transparenzrichtlinie, Mutter-Tochter-Richtlinie (Anteilsmehrheit mit Option auf Stimmenmehrheit entscheidend), die nicht verwirklichte Neunte Gesellschaftsrechtliche Richtlinie bzw. Konzernrichtlinie sowie IAS/IFRS und ggf. das BilMoG; aber auch die *EMCA-Gruppe*, vgl. *Conac*, ECFR-Vortrag, slide 11; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Sec. 1, Comments, Sec. 2, Comments, Secc. 4 et seqq., Comments; zum Herrschaftskonzept tendieren die Gesellschaftsrechte Deutschlands und Portugals sowie die Kapitalrichtlinie in Fassung der Zweiten Änderungsrichtlinie; allgemein *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 41; *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 113 ff.; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 693 ff.; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 2, *Wolgemuth*, in: Pelka/Niemann/StB-HB, Kap. C (Grundlagen des Konzernabschlusses) Rn. 42 ff.; *Petersen/Zwirner/Wohlgemuth*, in: Pelka/Niemann/StB-HB, Kap. A (ABC der Buchführung, Bilanzierung und Bewertung) Rn. 148W, 280; *Merkt*, in: Baumbach/Hueck/HGB, § 290 Rn. 5; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 2.8 (p. 72 – statis-

B. Konzernierung als genuines Charakteristikum der SPE

Fraglich ist allerdings, ob die Einbindung der SPE in einen Konzern nach den Vorstellungen des Verordnungsgebers lediglich eine beiläufige Konsequenz sein sollte, oder ob sie sogar das vordergründige Ziel des Verordnungsgebungsverfahrens war. Wäre Letzteres der Fall, wäre die Konzernierung ein genuines Charakteristikum der SPE und müsste daher bei der Auslegung und Anwendung des SPE-VOE-HU grundsätzlich mitberücksichtigt werden.

Mit der SPE strebte der Verordnungsgeber eine Rechtsform an, die unionsweit möglichst einheitlich ausgestaltet ist bzw. werden kann.⁴⁴ Nach Aussage des Verordnungsgebers ist diese Rechtsform vorrangig für KMU bestimmt und hat das „*Potential, auch größeren Unternehmen und Gruppen zugute zu kommen*“.⁴⁵ Freilich vermag die angestrebte unionsweite Einheitlichkeit der SPE ihre Vorteile zumindest ganz überwiegend nicht bei der Einzelgesellschaft, sondern bei den Mitgliedern einer Unternehmensgruppe zu entfalten.⁴⁶ Es war zu erwarten, dass auch die angesprochenen KMU die SPE naturgemäß zum Gruppenaufbau nutzen werden.⁴⁷ Nur, dass es sich dann um *kleinere und mittlere Unternehmen und Gruppen* im Gegensatz zu den angesprochenen *größeren Unternehmen und Gruppen* handelt. Angesichts des *Small Business Act*⁴⁸ musste der Verordnungsgeber allerdings die KMU in den Vordergrund stellen. Folglich ging der Verordnungsgeber davon aus, die SPE sei typischerweise in einen Konzern eingebunden.⁴⁹ Das wird dadurch unterstrichen, dass der Unionsgesetzgeber seinen ausdrücklich als *Follow-up* zum SPE-VOE gemeinten SUP-RLE-K explizit auf Unternehmensgruppen bezieht.⁵⁰ Damit bildet die Konzernierung ein genuines Charakteristikum der SPE.⁵¹ Bei der Auslegung und Anwendung des SPE-VOE-HU muss die Konzernierung der SPE grundsätzlich mitberücksichtigt werden.

C. Anforderungen an ein SPE-Konzernrecht

Im Konzern herrscht ein Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielheit.⁵² Wer dieses Spannungsverhältnis

tics), 5.3.12, 14.15 and 18.6.8.6 (pp. 143 et seq., 425 et seq., 588 et seq.), 9.4.5, 9.5 and 9.8 (pp. 259, 261, 275 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 1-55 et seq., 3-35 et seq., 3-60; *Davies*, Company Law, p. 95 et seq.

⁴⁴ Vgl. hierzu z. B. SPE-VOE-HU Erwägungen 3 (S. 7), 5 (S. 8) und 20 (S. 15); vgl. auch *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269; *ders.*, in: FS Stilz, S. 287, 289, 293.

⁴⁵ Vgl. SPE-VOE-K Begründung S. 2.

⁴⁶ Ebenso *Hommelhoff*, in: *ders./Schubel/Teichmann/SPE*, S. 23, 25 ff., 28 f., 33 f.; *Teichmann*, in: *Hommelhoff/Schubel/ders./SPE*, S. 39, 42 f. 56 f.; *Kalss*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 133, 138, 146; *Conac*, in: *Birkmose/Neville/Sørensen/BoD*, pp. 75, 77 et seq.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 12.

⁴⁷ Vgl. auch *BVMW*, Positionspapier; *Perspektive Mittelstand*, Pressemitteilung v. 22. Februar 2012; *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 289; *Teichmann*, in: *Hommelhoff/Schubel/ders./SPE*, S. 39, 56.

⁴⁸ Details unter http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/index_de.htm.

⁴⁹ Ebenso *Kalss*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 133, 138, 146; ggf. auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 32, 40, 121.

⁵⁰ Vgl. SUP-RLE-K Begründung 1. (S. 2 f., 4 f., 8), Erwägung 23 (S. 13).

⁵¹ Zu diesem Charakteristikum ebenso *Schmidt*, in: *Aktuelles GmbH-Recht*, S. 8, 34; *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 289; *ders.*, in: *ders./Schubel/Teichmann/SPE*, S. 23, 27; *Kalss*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 133, 138, 146; *Conac*, in: *Birkmose/Neville/Sørensen/BoD*, pp. 75, 77 et seq.

⁵² Vgl. *Raiser*, in: *ders./Sauermann/Schneider/Konzernbildung*, S. 51, 54; *Bälz*, in: FS Raiser, S. 287 ff.; *Conac*, in: *Birkmose/Neville/Sørensen/BoD*, p. 75; *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG*, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 156; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck/GmbHG*, Schlussanh. GmbH-Konzernrecht Rn. 32; *Forum Europaum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 698, 740; *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59; *Conac*, ECFR 2013, 194, 195; vgl. auch *Druey*, in: FS Hommelhoff, S. 135, 136 f., 145 ff., 156.

rechtlich handhaben möchte, gelangt zu einer organisations- und einer schutzrechtlichen Dimension des Konzernrechts. Hieraus könnten sich entsprechende Anforderungen an ein SPE-Konzernrecht ergeben.

Grundlegend ist das Organisationsrecht des Konzerns.⁵³ Damit die aus der Gruppenbildung folgende betriebswirtschaftliche *Konzernchance*⁵⁴ zum *Konzernerfolg* wird, müssen die Gruppenmitglieder reibungslos und aufeinander abstimmt zusammenwirken. Dazu müssen der Konzernleitung effektive Kontroll- und Steuerungsinstrumente zur Verfügung stehen. Erforderlichenfalls muss die Organisationsverfassung der Gesellschaften angepasst werden.⁵⁵ Ein Bekenntnis zu Konzernen als solchen bedeutet auch ein Bekenntnis zur *Konzernermöglichung*.⁵⁶ Soll die SPE als Konzernbaustein fungieren, muss ein SPE-Konzernrecht also eine organisationsrechtliche Komponente aufweisen.⁵⁷

Der organisationsrechtlichen steht die schutzrechtliche Komponente des Konzernrechts gegenüber. Denn die Konzernbildung, -leitung und -beendigung⁵⁸ begründen für alle beteiligten Gesellschaften bzw. deren Minderheitsgesellschafter und Gläubiger typischerweise einen *Konzernkonflikt* bzw. eine *Konzerngefahr*. Anders als bei einer unabhängigen Unternehmung stehen nicht mehr unbedingt die ureigensten Interessen der betroffenen Gesellschaft, sondern vielmehr diejenigen des Gesamtkonzerns oder einzelner Konzernmitglieder im Vordergrund.⁵⁹ Angesichts möglicher Gewinnverlagerungen, Liquiditätsumschichtungen und anderer Maßnahmen zum Nachteil der betroffenen Gesellschaft ist der Gläubigerschutz inzwischen grenzüberschreitend als wesentlicher Eckpfeiler des Konzernrechts anerkannt.⁶⁰ Für die Gläubiger äußert sich der typische Konzernkonflikt in allen Lebensphasen des Konzerns. Das betrifft vor allem die Gläubiger der Tochtergesellschaft, aber auch diejenigen

⁵³ Vgl. *Chiappetta*, Positionspapier, S. 6; *Habersack*, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 1, 12; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 64 ff.; *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. AktG Rn. 25 f.; *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 291, 293; skeptisch im Hinblick auf jüngere Tendenzen *Drygala*, AG 2013, 198 f.; vgl. aber SUP-RLE-K Begründung 3. (S. 9), Erwägung 23 (S. 14), Art. 23.

⁵⁴ Vgl. *Lutter/Scheffler/Schneider*, in: HBdKF, § 1 Rn. 1.4 f.; vgl. auch *Druey*, in: FS Hommelhoff, S. 135, 148; *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff, S. 433, 438, 442; *Tröger*, Treupflicht, S. 148; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 7.

⁵⁵ Dazu *Veil*, Unternehmensverträge, S. 64; *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. AktG Rn. 25 ff.

⁵⁶ So auch *Veil*, Unternehmensverträge, S. 64; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 29, § 15 AktG Rn. 16; *Teichmann*, AG 2013, 184, 190; *Kalss*, EuZW 2013, 361 f. relativierend *Druey*, DJT-Gutachten 1992, S. H 38; vgl. auch *Drygala*, EuZW 2014, 491, 495 – einheitliches Konzernrecht als *enabling law*.

⁵⁷ Ebenso *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 289 f., 291; für den SE-Konzern *ders./Lächler*, AG 2014 S. 257 ff.; für den GmbH-Konzern *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535, 538; ähnlich für die SUP *Noack*, Rechtsboard v. 22. Juli 2013; allgemein in diese Richtung auch *Kommission*, Aktionsplan 2012, Ziffern 3.2 und 4.6; *Ekkenga*, AG 2013, 181; *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 221; *Bianchi*, ECFR-Vortrag, slide 4; *Veil*, in: Begegnungen im Recht, S. 21; ebenso und unter Hinweis auf einen Trend weg vom Schutzrecht hin zum Organisationsrecht *Drygala*, AG 2013, 198, 201, 203 ff., 210; *Teichmann*, AG 2013, 184, 188 ff., 197; vgl. auch bereits *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 746; ebenso und organisationsrechtliche Aspekte in den Vordergrund rückend *Conac*, ECFR-Vortrag, slides 8, 10 et seqq., 20 et seqq.; *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 322 et seqq.; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Introduction No. 4, Sec. 9, Comments.

⁵⁸ Mit dieser Unterteilung auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 77 ff., 82, 84 ff.

⁵⁹ Vgl. *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 2; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 2, 472 ff.; *Wicke*, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 1; relativierend *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 27 f.; ggf. auch *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden/GmbHG, Anh. § 13 Rn. 2.

⁶⁰ Vgl. *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 679 f.; *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 61 ff.; zu möglichen Sicherungsinstrumenten *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 285 ff.; *Hommelhoff/Helms*, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, Nr. 214 (S. 162); *Conac*, ECFR 2013, 194, 194; zum GmbH-Konzern jüngst *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535, 537 ff.

der Muttergesellschaft. Mithin muss ein SPE-Konzernrecht diese Gläubiger vor den mit der Konzernierung verbundenen Gefahren schützen.⁶¹

Den zweiten Eckpfeiler für das Konzernrecht als Schutzrecht bildet der Schutz ggf. vorhandener Minderheitsgesellschafter.⁶² Jene sind typischerweise in der Gefahr, dass sie ihre Interessen nicht durchsetzen können und Dividendenpotentiale geschmälert werden.⁶³ Sieht man die Minderheitsgesellschafter auch als Sachwalter der Gesellschafts- und Gläubigerinteressen, erfordern Alleingesellschafter-Konstellationen unter Umständen ein abgewandeltes Schutzkonzept.⁶⁴ Fehlt ein solches, ist das wiederum als Signal in Richtung einer *Konzernermöglichung* zu deuten. Das Schutzbedürfnis der Individual- und Minderheitsgesellschafter variiert in Abhängigkeit von der Lebensphase des Konzerns. Eines Konzerneingangsschutzes bedürfen die Gesellschafter grundsätzlich nur bei bereits bestehenden, zunächst unkonzernierten Gesellschaften. Denn wird eine Gesellschaft bereits als konzernierter Rechtsträger gegründet, steht es jedem der Gründungsgesellschafter frei, sich für oder gegen die Gesellschaftserrichtung in der geplanten Gestalt zu entscheiden. Besonders geschützt werden müssen dann nur etwaige Minderheitsgesellschafter der gründenden Muttergesellschaft. Nach Konzernerrichtung bedürfen die Gesellschafter der Tochter- wie der Muttergesellschaft einer wirksamen Konzernleitungskontrolle. Einen Konzernausgangsschutz benötigen sie demgegenüber nicht, weil ihre Interessen bereits bei Konzerneingang ausreichend geschützt werden können.⁶⁵ Von einem SPE-Konzernrecht ist also zu verlangen, dass es etwaige Minderheitsgesellschafter der Tochter- bzw. Mutter-SPE in allen Phasen der Konzernierung wirksam schützt.⁶⁶

Zusammenfassend ist also zu konstatieren, dass ein SPE-Konzernrecht sowohl organisations- als auch schutzrechtliche Bestandteile beinhalten muss.⁶⁷ Besonders plastisch werden die organisations- und schutzrechtlichen Dimensionen des Konzernrechts im Bereich der Konzernfinanzierung, die daher auch als *Lackmustest* für die Funktionstüchtigkeit des SPE-Konzerns dienen soll.⁶⁸ Einerseits müssen die organisatorischen Voraussetzungen für eine effiziente Durchführung der Konzernfinanzierung vorliegen. Andererseits führen Verlagerungsmöglichkeiten, Klumpenbildung und Dominoeffekte zu speziellen Risiken für die beteiligten SPEs bzw. deren Gläubiger und Gesellschafter.

D. Rechtsquellenpyramide

Die SPE unterliegt Normen aus drei verschiedenen Rechtsquellen: Der SPE-VO, der Satzung und dem nationalen Recht. Diese Systematik ist bereits von der SE bekannt, wo die drei verschiedenen Rechtsquellen in einem komplexen hierarchischen Verhältnis zueinander stehen. In der SE-Literatur wird daher von einer kunstvoll aufge-

⁶¹ Vgl. die Nachweise unter Fn. 57.

⁶² So auch *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535, 537 f.; *Conac*, ECFR 2013, 194, 195; vgl. auch SUP-RLE-K Begründung 3. (S. 9).

⁶³ Zu möglichen Schutzinstrumenten *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 27; *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 2; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 2, 472 ff.; *Wicke*, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 1; ggf. relativierend *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen/GmbHG, Anh. § 13 Rn. 2.

⁶⁴ Vgl. *Schall*, in: Spindler/Stilz/GmbHG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 27; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 156 ff.

⁶⁵ Ebenso für das deutsche GmbH-Recht und mit Hinweisen zum Streitstand. *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 253 ff., 153.2.

⁶⁶ Vgl. die Nachweise unter Fn. 57.

⁶⁷ Vgl. die Nachweise unter Fn. 57.

⁶⁸ Vgl. Kapitel 8.

schichteten Rechtsquellenpyramide gesprochen, die in ein Eldorado der Methodenlehre oder gar ein *lawyer's paradise* führe.⁶⁹

Beim Blick auf den SPE-VOE-HU wird allerdings schnell klar, dass die von der SE bekannte Methodik auf die SPE allenfalls in begrenztem Maße übertragen werden kann.⁷⁰ Das von dem Verordnungsgeber vorgeschlagene System birgt im Detail eine Fülle ungeklärter Rechtsfragen und Tücken.⁷¹ Wie die einzelnen Rechtsquellen zu einem funktionierenden Ganzen zusammengefügt werden können, wurde bislang nur wenig untersucht und ist im Übrigen umstritten. Im Laufe der Jahre wurden nicht weniger als acht Verordnungsentwürfe vorgelegt,⁷² die in der wissenschaftlichen Diskussion bislang in unterschiedlicher Intensität beleuchtet wurden. Es steht zu vermuten, dass für den SPE-Konzern sowohl die SPE-VO, als auch die Satzung und das nationale Recht von entscheidender Bedeutung sind. Mithin muss das Zusammenspiel dieser drei Rechtsquellen geklärt werden, um das Recht des SPE-Konzerns zu untersuchen.

E. Funktionen und Schnittstellen der verschiedenen Rechtsnormen

Indem die SPE Normen unterliegt, die drei verschiedenen Rechtsquellen entstammen und zu einer *kunstvoll aufgeschichteten Rechtsquellenpyramide* aufgeschichtet sind,⁷³ könnten sich im SPE-Konzern besondere Schwierigkeiten an den Schnittstellen dieser Rechtsnormen ergeben. Aus der Betriebswirtschaftslehre herrührend, beschreibt der Begriff der *Schnittstelle* eine Übergangs- bzw. Verbindungsstelle zwischen im Prozess verbundenen organisatorischen Einheiten, die unterschiedlichen Aufgaben-, Kompetenz- oder Verantwortungsbereichen unterliegen.⁷⁴ Übertragen in die Disziplin der Rechtswissenschaften meint der Begriff der *Schnittstelle* bestimmte Abgrenzungsschwierigkeiten und andere Phänomene, die beim Aufeinandertreffen verschiedener Rechtsgebiete bzw. Rechtsquellen entstehen.⁷⁵ Im SPE-Konzern entstehen also – in Abhängigkeit vom Regelungsbereich der SPE-VO – einerseits Schnittstellen in Bezug auf verschiedene Rechtsgebiete, nämlich insbesondere das Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrecht.⁷⁶ Andererseits ergeben sich Schnittstellen aus dem Aufeinandertreffen von Unionsrecht und nationalem Recht, also z. B. Regelungen der SPE-VO bzw. der EulnsVO sowie des GmbHG bzw. der InsO.⁷⁷ Zusätzlich bestehen Schnittstellen in Bezug auf Gesetzesrecht und privatautonomes Recht, also z. B. die SPE-VO und die Satzung.

Welche Schnittstellen im SPE-Konzern bestehen und wie diese zu handhaben sind, hängt entscheidend von den Funktionen ab, die den verschiedenen Arten von Rechtsquellen jeweils zukommen sollen. Aus diesem Grund

⁶⁹ Vgl. Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 4; ohne Hinweis auf das *lawyer's paradise* Teichmann, GPR 2010, 85, 86 mit Fn. 32 und 33.

⁷⁰ So auch Jung, GesRZ 2012, 153, 154, 160, 162; dies., Kapitalverfassung, S. 83; a. A. wohl Rammeloo, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 105 (fn. 23).

⁷¹ Vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates zum SPE-VOE-K, BR-Drs. 479/08 (Beschluss), S. 5.

⁷² Erste CREDA-Studie, zweite CREDA-Studie, SPE-VOE-K, SPE-VOE-P, SPE-VOE-FR, SPE-VOE-CZ, SPE-VOE-SE, SPE-VOE-HU.

⁷³ Vgl., unter vorstehend D.

⁷⁴ Vgl. Greiling/Dudek, Schnittstellenmanagement, S. 69; Bellmann, in: Hahn/Kaufmann/Beschaffungsmanagement, S. 361, 363.

⁷⁵ Vgl. z. B. Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, S. 337 ff.; dies., GmbHR 2008, S. 897 ff.; Teichmann, AG 2013, S. 184 ff.

⁷⁶ Vgl. z. B. Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 139, 159; allgemein Krolop, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 68.

⁷⁷ Vgl. Hommelhoff, in: FS Stilz, S. 287; für den Begriff der „Mehrebenenproblematik“ Jung, Kapitalverfassung, S. 54 f., 95, 113 ff.

sollen an dieser Stelle die Arten und Funktionen der auf den SPE-Konzern anwendbaren Regelungen bereits kurz umrissen werden.

Der Satzung erkennt der Ordnungsgeber eine zentrale Rolle zu. Nach einem Prinzip verordneter Selbststeuerung⁷⁸ fordert er die Unternehmen durch ein System von Regelungsaufträgen und Wahlrechten dazu auf, zahlreiche Punkte in der SPE-Satzung zu regeln.⁷⁹ Auf diesem Wege soll die SPE so weit wie möglich unionsweit einheitlichen Regelungen und nicht dem zersplitterten Recht der Mitgliedstaaten unterfallen.⁸⁰ Die Satzung einer SPE kann aus drei verschiedenen Bestandteilen bestehen. Erstens existieren Regelungen, die die vom Ordnungsgeber erteilten Regelungsaufträge umsetzen. Zweitens kann die Satzung Normen enthalten, mit denen der Satzungsgeber von den Wahlrechten Gebrauch macht, die die SPE-VO ihm einräumt. Und drittens kommen noch Regelungen jenseits der ersten beiden Gruppen in Betracht; diese Regelungen werden im Folgenden als *Sonstige Satzungsregelungen* bezeichnet.

Der Ordnungsgeber möchte, dass die SPE grundsätzlich dem Unionsrecht unterliegt und nationales Recht nur in bestimmten Fällen zur Anwendung kommt.⁸¹ Hierdurch soll sich die SPE deutlich von der SE unterscheiden, wo die umfangreiche Anwendung des nationalen Rechts trotz bereits erfolgter großflächiger Harmonisierungen im Recht der nationalen Aktiengesellschaften⁸² zu 28 verschiedenen Gesellschaftsformen führt.⁸³ Würde dieses Ziel durch die SPE-VO erreicht, wäre die weitestgehende unionsweite Einheitlichkeit mit nur punktuellm Eingreifen nationalen Rechts gerade im transnationalen Konzern ein schlagendes Argument für die SPE als Konzernbaustein. Grob zusammengefasst gilt nationales Recht in zwei Fällen: Erstens in Gestalt von SPE-Ausführungsgesetzen, die die Mitgliedstaaten speziell für die SPE erlassen. Die SPE-Ausführungsgesetze können ihrerseits zwei verschiedene Arten von Regelungen enthalten. Denn die SPE-VO enthält Regelungsaufträge und Wahlrechte nicht nur für den Satzungsgeber, sondern auch für die Mitgliedstaaten. Zweitens gilt nationales Recht zwecks Füllung von Lücken in der SPE-VO oder der SPE-Satzung. Hierbei gelangt allgemeines, nicht speziell auf die SPE zugeschnittenes nationales Recht über die in der SPE-VO enthaltenen General- und Spezialverweismen zur Anwendung.⁸⁴ Vom geltenden nationalen Recht zu trennen sind diejenigen Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten treffen müssen, um die SPE-VO überhaupt verabschieden bzw. dem Regime beitreten zu dürfen.⁸⁵

⁷⁸ Begriff nach *Fleischer*, in: MÜKo-GmbHG, Einleitung Rn. 271; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 898.

⁷⁹ Vgl. hierzu z. B. SPE-VOE-HU Erwägung 6 (S. 8).

⁸⁰ Vgl. hierzu z. B. SPE-VOE-HU Erwägungen 3 (S. 7), 5 (S. 8) und 20 (S. 15); vgl. auch *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269; *Brügemeier*, Funktion von Regelungsaufträgen, S. 8 ff.

⁸¹ Vgl. SPE-VOE-HU Einleitung 2 (S. 1), Erwägungen 1, 2, 3, 5 und 20 (S. 6 ff., 15); SPE-VOE-K Begründungen 2, 4 und 6 (S. 2 ff., 6).

⁸² Hierauf weist SE-VO Erwägung 3 ausdrücklich hin.

⁸³ Vgl. z. B. *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 285.

⁸⁴ Vgl. z. B. SPE-VOE-HU Erwägungen 6 (S. 8), 6a, 6b und 7 (S. 9), 7b und 8a (S. 10), 11 (S. 11), 13, 14a und 15 (S. 12), 16 (S. 13) sowie 18 (S. 14); vgl. auch *Fritschhut/Geymayer*, exoLex 2008, 970, 971.

⁸⁵ Zur Rechtslage in Deutschland aufgrund § 8 IntVG vgl. *Anzinger*, AG 2009, 739 f.; *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 574; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 347 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, FAZ v. 28. Juni 2011.

F. Auslegung des SPE-VOE-HU

I. Allgemeine Grundsätze für die Auslegung des SPE-VOE-HU

1. Auslegungszuständigkeit bzw. –maßstab

Bei der SPE-VO handelt es sich um durch den Rat der Europäischen Union gesetztes Sekundärrecht. Als auf Art. 352 AEUV gestützte Verordnung im Sinne des Art. 288 S. 2 AEUV⁸⁶ gilt sie unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, ohne dass die Mitgliedstaaten sie erst durch Umsetzungsgesetze zur Anwendung bringen müssten.⁸⁷ Zur Auslegung der SPE-VO sind daher nach Art. 13 Abs. 1 S. 2 EUV i. V. m. Art. 267 AEUV die nationalen Gerichte berufen. Jene können bzw. – falls es sich um ein letztinstanzliches Gericht handelt – müssen Zweifelsfragen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens durch den *EuGH* – bzw. neuerdings auch durch das *EuG* – entscheiden lassen.⁸⁸

2. Auslegungsmethoden

Wie jede andere EU-Verordnung ist auch die SPE-VO in einer europäisch-autonomen Art und Weise unter Rückgriff auf die aus der deutschen Methodenlehre bekannten Methoden auszulegen.⁸⁹ Damit sie unionsweit einheitlich zur Geltung kommt, muss sie also aus dem Unionsrecht heraus ausgelegt werden, ohne dass der Auslegende gleichsam durch die „Brille“ seines eigenen oder eines anderen bestimmten nationalen Rechts blickt.⁹⁰

a) Wortlautauslegung

Der Wortlaut der Norm bildet zwar den Ausgangspunkt. Allerdings können die verschiedenen Sprachfassungen des SPE-VOE mitunter zu besonderen Herausforderungen führen. Hierbei kann ein Vergleich der verschiedenen Versionen behilflich sein.⁹¹ Nach einer Auffassung in der Literatur ist der englischen Sprachfassung im Zweifel ein höheres Gewicht beizulegen als den übrigen Sprachfassungen, weil sie das zwischen den Beteiligten erzielte Verhandlungsergebnis darstellt.⁹² Nach ständiger *EuGH*-Rechtsprechung stehen allerdings die Dokumentversio-

⁸⁶ SPE-VOE-HU Einleitung Nr. 1 (S. 1), Rubrum (S. 6), Erwägung 19 (S. 15); *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 567; kritisch *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 269 f.

⁸⁷ Vgl. Art. 288 S. 2 sowie SPE-VOE-K, Begründung 6. (Folgenabschätzung) S. 5 und 6, Erwägungen 3 und 6 (S. 14), Art. 4.

⁸⁸ Vgl. auch *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 286 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 899; *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 113; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 63, 71, 142; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 209; *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 287; *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 159; allgemein *Bergmann*, ZAR 2011, 41 ff.

⁸⁹ Vgl. zur SE-VO *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 81; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 16; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 11 ff.; allgemein *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/EU-Recht, Art. 1 EGV Rn. 58; *Riesenhuber*, in: ders./Methodenlehre, § 10 Rn. 12 ff., 50 ff.; vgl. auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 91 f.

⁹⁰ So auch *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 287; *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 568 f.; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 207; zur Auslegung der SE-VO *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/SE-Kommentar, Art. 9 SE-VO Rn. 47; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 16; allgemein *Engelhardt*, in: Keidel/FamFG, § 97 Rn. 4; *Dauses*, in: Dauses/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. P. II. Rn. 94.

⁹¹ Vgl. *Martens*, Managementstrukturen, S. 27; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 52 ff.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 19 ff.; zur SE-VO *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 82; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 16; allgemein *Bleckmann/Pieper*, in: Dauses/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. B. I. Rn. 5 ff.; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 19 EUV Rn. 53; *Riesenhuber*, in: ders./Methodenlehre, § 10 Rn. 13 ff.; vgl. auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 93 f.

⁹² So *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 21 (mit Fn. 90).

nen in den verschiedenen Amtssprachen gleichrangig nebeneinander.⁹³ Dieser Auffassung wird bei der Auslegung der SPE-VO-Entwürfe im Rahmen dieser Arbeit gefolgt.⁹⁴

b) Systematische und teleologische Auslegung

Der teleologischen Auslegung kommt bei der Auslegung des Unionsrechts herausragender Stellenwert zu.⁹⁵ Häufig verschmilzt sie mit der systematischen Auslegung zu einer einheitlichen und ausschlaggebenden Auslegungsmethode.⁹⁶ Die Untersuchung des SPE-VOE-HU wird möglicherweise zeigen, dass ebenso wie bei der SE-VO auch teleologische Reduktionen oder Analogieschlüsse möglich sind.⁹⁷

c) Historische Auslegung

Die lebhaften Debatten um das SPE-Projekt haben dazu geführt, dass im Laufe der Jahre mehrere Verordnungsentwürfe vorgelegt wurden. Alle Entwürfe unterscheiden sich stark voneinander. Das dürfte dem hohen Anspruch, dem das SPE-Projekt im Vergleich zur SE gerecht werden sollte, ebenso zu verdanken sein wie dem zähen Ringen der Mitgliedstaaten vor dem Hintergrund ihrer verschiedenen Rechtstraditionen und politischen Vorstellungen. Anhand der verschiedenen Entwurfsfassungen, die von der SPE-VO im Zuge des Verordnungsgebungsverfahrens erstellt wurden, kann eine historische Auslegung erfolgen.⁹⁸

(1) CREDA-Studien

Von geringerer Bedeutung für die Auslegung ist die erste *CREDA*-Studie aus dem Jahr 1973⁹⁹, mit der das SPE-Projekt seinen Anfang nahm. Der Verordnungsgeber bezieht sich allenfalls mittelbar darauf. Außerdem ist in der langen Zeitspanne seit Veröffentlichung der ersten *CREDA*-Studie einfach zu viel auf der europäischen Gesetzgebungsbühne und in der allgemeinen Diskussion geschehen, um den – ohne Zweifel zu ihrer Zeit sehr tragfähigen – Ausführungen von 1973 heute noch Gewicht beizumessen.¹⁰⁰

⁹³ Vgl. allgemein *Martiny*, in: MüKo-BGB, Vorbemerkung zu Art. 1 Grundlagen, Rom-I-VO, EG-Vertragsrechts-Übereinkommen, Internationale Zuständigkeit, Schiedsgerichtsbarkeit Rn. 15a.

⁹⁴ Im Ergebnis ebenso *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 53 f.

⁹⁵ Vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 19 Rn. 15; *Gaitanides*, in: vdGroebe/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar, Art. 220 Rn. 54; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 56 f.

⁹⁶ Vgl. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 83 f.; *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 94 ff.; ähnlich *Martens*, Managementstrukturen, S. 27 ff.; allgemein *Dauses*, in: Dauses/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. P. II. Rn. 92 f.; *Riesenhuber*, in: ders./Methodenlehre, § 10 Rn. 21 ff., 41 ff.; wohl a. A. *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 277; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 56 f.

⁹⁷ Vgl. Kapitel 4 D. II.; zur SE-VO *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 139 f.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 19 ff.; ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 35 f.; allgemein *Bleckmann/Pieper*, in: Dauses/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. B. I. Rn. 7; *Neuner*, in: Riesenhuber/Methodenlehre, § 12 Rn. 33, 39; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 889 ff. und 902 ff. (S. 519 ff.).

⁹⁸ Ebenso *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 54 f.; zur SE-VO *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 17; vgl. auch *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 86; allgemein *Bleckmann/Pieper*, in: Dauses/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. B. I. Rn. 40; relativierend *Riesenhuber*, in: ders./Methodenlehre, § 10 Rn. 27 ff. 32 ff.; abweichend *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 66.

⁹⁹ *Boucouchre*, Propositions pour une SFE; dazu ausführlich *Lévi*, in: FS Hommelhoff, S. 661 ff.

¹⁰⁰ Ähnlich *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 370; in Bezug auf die SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18.

Angebracht ist es, die den Entwürfen des Ordnungsgebers zeitlich näher liegende zweite *CREDA*-Studie¹⁰¹ zu Rate zu ziehen.¹⁰² Denn die Europäische Kommission hat diese im Jahr 1997 veröffentlicht¹⁰³ und sich damit zu eigen gemacht.¹⁰⁴ Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss hat sich in seiner Stellungnahme zum Thema „*Ein europäisches Rechtsstatut für KMU*“ vom 21. März 2002 darauf bezogen.¹⁰⁵

(2) Einigungsmotivierte Änderungen in den SPE-VO-Entwürfen

Besonders wegweisend könnte allerdings ein Vergleich der verschiedenen SPE-VO-Entwürfe sein, die im Zuge der politischen Einigungsversuche entstanden sind.¹⁰⁶ Am 25. Juni 2008 verlautbarte die Kommission zunächst einen im Vergleich zur letzten *CREDA*-Studie stark abgewandelten eigenen Entwurf (SPE-VOE-K), auf dessen Grundlage eine Reihe von Folgeentwürfen verhandelt und veröffentlicht wurde. Das Europäische Parlament unterbreitete am 10. März 2009 zahlreiche Änderungsvorschläge (SPE-VOE-P). Die im Halbjahrestakt wechselnden Ratspräsidentschaften führten bislang zu vier Entwürfen des Europäischen Rates. Hierzu gehören die Entwürfe der französischen Ratspräsidentschaft vom 11. Dezember 2008 (SPE-VOE-FR), der tschechischen Ratspräsidentschaft vom 27. April 2009 (SPE-VOE-CZ), der schwedischen Ratspräsidentschaft 3./4. Dezember 2009 (SPE-VOE-SE) und schließlich der ungarischen Ratspräsidentschaft vom 23. Mai 2011 (SPE-VOE-HU). Bei der historischen Auslegung ist allerdings besondere Vorsicht geboten: Angesichts der vielfach schwierigen Einigungsprozesse und politischen Kompromisse darf der Bedeutungsgehalt von Textänderungen nicht überschätzt werden. Verschwindet eine Norm im Laufe der Zeit sogar ganz aus der SPE-VO, ist aus dieser gewollten Lücke nicht unbedingt zu schließen, der Verordnungstext sei abschließend gemeint. Im Gegenteil: Vielmehr ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Lücke nunmehr durch das nationale Recht der Mitgliedstaaten geschlossen werden soll.¹⁰⁷ Folglich bildet der Vergleich der verschiedenen Entwurfss Fassungen einen wesentlichen Auslegungsbestandteil.¹⁰⁸

d) Andere Rechtsakte

Bei der Auslegung des SPE-VOE-HU sind des Weiteren andere Rechtsakte auf verwandten Schauplätzen zu berücksichtigen. Ein Vergleich mit den Rechtsgrundlagen für andere supranationale Gesellschaftsformen und mit

¹⁰¹ Durchgeführt von einer durch das *CREDA* und das Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg ins Leben gerufene Arbeitsgruppe.

¹⁰² So im Ergebnis auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 97.

¹⁰³ *Boucourechliev*, Propositions pour une SFE; im Jahr 1999 in deutscher Übersetzung herausgegeben, vgl. *Boucourechliev/Hommelhoff*, Vorschläge für eine EPG; aktualisiert im Jahr 2006, vgl. *Teichmann*, ECL 2006, 279 ff.; dazu *Lévi*, in: FS Hommelhoff, S. 661, 668 f.

¹⁰⁴ Solchen Gedankengängen jedoch im Zusammenhang mit der Entstehung der Kapitalrichtlinie skeptisch gegenüberstehend *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 66.

¹⁰⁵ ABl. C 125 vom 27. Mai 2002, S. 100–104, vgl. dort unter Nr. 1.1.2.

¹⁰⁶ So auch *Jung*, GesRZ 2012, 153, 160; *Martens*, Managementstrukturen, S. 29 f. – der allerdings die in Fußnoten des SPE-VOE-SE (gemeint ist wohl der SPE-VOE-CZ) enthaltenen Bemerkungen nicht heranziehen möchte.

¹⁰⁷ Ähnlich auf Basis des SPE-VOE-HU *Jung*, BB 2010, 1233, 1238; *dies.*, Kapitalverfassung, S. 49, 83; zur SE-VO *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 17.

¹⁰⁸ In diese Richtung auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 54 f.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 48 ff.

den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien bietet sich im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung an.¹⁰⁹ Die Untersuchung des SPE-VOE-HU könnte zeigen, dass in dogmatischen bzw. methodischen Fragen Seitenblicke insbesondere auf die SE-VO hilfreich sein können.¹¹⁰ Im Bereich der Konzernfinanzierung bietet es sich möglicherweise an, zahlreiche Vergleiche mit der Kapitalrichtlinie anzustellen. Vor allem im Rahmen der teleologischen und historischen Auslegung dürfen aber auch solche Rechtsakte nicht unberücksichtigt bleiben, die nicht verwirklicht oder noch nicht umgesetzt worden sind.¹¹¹ Hierzu zählen insbesondere die Reformbestrebungen bei der SE-VO und die nicht verwirklichte Konzernrechtsrichtlinie¹¹² sowie der jüngste SUP-RLE-K. Denn daraus lassen sich wertvolle Erkenntnisse gewinnen, beispielsweise wie bestimmte Begrifflichkeiten gemeint sind oder was systematisch gewollt ist. Außerdem könnten sich bei solchen Vergleichen *Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts* bzw. *Grundsätze des Unionsrechts* herauskristallisieren.¹¹³ Der Aktionsplan 2012 und die damit im Zusammenhang stehenden Aussagen sowie der ursprüngliche Aktionsplan 2003¹¹⁴ bilden dagegen zwar einen Anlass, aber keine Bestandteile europäischer Rechtssetzungsverfahren und müssen daher unberücksichtigt bleiben.

e) Rechtsvergleichende Auslegung

Als besondere zusätzliche Auslegungsmethode kann schließlich noch die Rechtsvergleichung Bedeutung erlangen. Die gebotene europäisch-autonome Auslegung schließt nicht aus, aus einem Vergleich der SPE-VO mit funktional gleichen Rechtsbegriffen oder Wertungselementen aus nationalen Rechtsordnungen Erkenntnisse zu gewinnen.¹¹⁵ So wurde bereits angemerkt, die SPE-VO folge zumindest in einigen Punkten dem englischen Recht als Vorbild.¹¹⁶ Je nach Fall lassen sich möglicherweise mithilfe der rechtsvergleichenden Auslegung auch auf einer nachgelagerten Stufe *allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts* oder zumindest *Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten* gewinnen.¹¹⁷ Nicht zu verwechseln ist die rechtsvergleichende Auslegung allerdings mit der

¹⁰⁹ Ebenso zur SPE-VO *Martens*, Managementstrukturen, S. 28, 64 ff., 90 ff., 103, 105, 109, 120, 148, 237 f.; wohl auch *Pläster*, Treuepflicht, S. 34 f.; zur SE-VO *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 84 f.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 16.

¹¹⁰ So auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 83.

¹¹¹ Ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 56; a. A. *Martens*, Managementstrukturen, S. 28, 64 ff., 90 ff., 103, 105, 109, 120, 148, 237 f.

¹¹² Vgl. dazu z. B. *Kindler*, in: MüKo-BGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 59.

¹¹³ Dagegen für Gewinnung aus wertender Rechtsvergleichung mitgliedstaatlicher Rechte *Martens*, Managementstrukturen, S. 30 ff., 51, 65 f., 68, 92 ff., 106 f., 109, 117 (mit Fn. 832), 121 ff., 131, 140 f., 153, 235, 237 f.; skeptisch *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2013, S. 163, 225 f.; vgl. Kapitel 4 D. II.

¹¹⁴ Die diesbezüglichen Dokumente und weiterführende Informationen sind abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_de.htm.

¹¹⁵ So auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 68, 74; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 57 f.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 30 ff., 51, 65 f., 68, 92 ff., 106 f., 109, 117 (mit Fn. 832), 121 ff., 131, 140 f., 153, 235, 237 f. – allerdings (wenn gleich zumeist im Rahmen der historischen Auslegung) unter Einbeziehung des schweizerischen Rechts und auf S. 26 mit anderer Akzentuierung, nämlich für Verweise auf das nationale Recht; zur SE vgl. *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 125 f.; allgemein *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 19 EUV Rn. 53, 59 ff.; *Riesenhuber*, in: ders./Methodenlehre, § 10 Rn. 39; im Zusammenhang mit dem Lückenschluss auch *Pläster*, Treuepflicht, S. 52.

¹¹⁶ So *Teichmann*, RIW 2010, 120, 125; *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 317; *Martens*, Managementstrukturen, S. 26, 97 f., 106 f., 131, 153, mit anderer Wertung auf S. 135, 137 ff., 140 f., 238.

¹¹⁷ So auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 30 ff., 51, 65 f., 68, 92 ff., 106 f., 109, 117 (mit Fn. 832), 121 ff., 131, 140 f., 153, 235, 237 f., vgl. aber S. 49; *Pläster*, Treuepflicht, S. 49, 51; tendentiell auch *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2013, S. 163, 225 f.; im Zusammenhang mit der SE skeptisch *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 9 f., 57.

Tendenz der jeweils auslegenden Personen, die Auslegung vor dem Hintergrund der ihnen bekannten nationalen Rechtsordnung vorzunehmen.¹¹⁸

II. Keine expliziten konzernrechtlichen Regelungen im SPE-VOE-HU

Fraglich ist, ob die SPE-VO-Entwürfe explizite Regelungen zu Konzernen enthalten. Wohl noch am spezifischsten, aber nur auf einen Sonderfall zugeschnitten ist Art. 23 Abs. 6 SPE-VOE-HU. Die Vorschrift erstreckt die Verordnungsregelungen über eigene Geschäftsanteile der SPE unter Bezugnahme auf Art. 24a Kapitalrichtlinie auf solche Geschäftsanteile, die eine SPE als Tochtergesellschaft an ihrer eigenen Muttergesellschaft hält. Im Übrigen sprechen die Entwürfe nur schlicht von *Unternehmensgruppen*¹¹⁹ oder *Gruppen*,¹²⁰ von *Tochtergesellschaften*¹²¹ sowie von *nahestehenden Personen und Unternehmen*,¹²² oder sie regeln gruppenspezifische Sachverhalte wie Verschmelzungs-¹²³ bzw. Spaltungsvorgänge.¹²⁴ Der Begriff der *Tochtergesellschaften* wird allein in Abgrenzung zur *Zweigniederlassung*¹²⁵ verwendet. Auch jenseits dessen enthält sich der Verordnungsgeber eigener Definitionen und setzt den anderweitig zu gewinnenden Bedeutungsgehalt der Begriffe voraus.¹²⁶ Der Wortlaut der SPE-VO-Entwürfe lässt also offen, inwiefern jene ein SPE-Konzernrecht regeln oder nicht. Damit lassen die SPE-VO-Entwürfe auch die Frage offen, ob nach Vorstellung des Verordnungsgebers ein Konzern auf Basis eines *Control-Konzepts* oder ein *Herrschaftskonzept* vorliegt, und wann dementsprechend organisations- und schutzrechtliche Instrumentarien¹²⁷ greifen müssen. Insofern liefern auch die Verweise des Verordnungsgebers auf verschiedene EU-Richtlinien keine Erkenntnisse.¹²⁸ So nimmt der SPE-VOE-HU einerseits auf die Betriebsräte-richtlinie Bezug,¹²⁹ die dem sogenannten *Control-Konzept* anhängt. Andererseits referenziert er auf die Kapitalrichtlinie,¹³⁰ die einem *Herrschaftskonzept* folgt und den Mitgliedstaaten den Weg zu ihrer eigenen Nichtanwendung eröffnet.

Folglich enthält keiner der SPE-VO-Entwürfe explizite Regelungen zu Konzernen.¹³¹

¹¹⁸ Dazu Teichmann, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 87; allgemein Dausen, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. P. II. Rn. 99.

¹¹⁹ Bzw. *groups of undertakings* oder *groupes d'entreprises*; vgl. SPE-VOE-K, Begründung (S. 2) und Art. 38 Abs. 2 lit. a; zuletzt SPE-VOE-HU Erwägung 17 (S. 14), der im Zusammenhang mit Arbeitnehmerrechten auf die novellierte Betriebsräte-richtlinie verweist.

¹²⁰ Bzw. *groups* oder *groupes*; vgl. zuletzt SPE-VOE-K Begründung (S. 2).

¹²¹ Bzw. *subsidiaries* oder *filiales*; vgl. zuletzt Art. 3 Abs. 3 lit. c SPE-VOE-HU; vgl. auch SPE-VOE-K Begründung (S. 1, S. 3 unter Hinweis auf die Mutter-Tochter-Richtlinie, S. 5) und Art. 38 Abs. 2 SPE-VOE-K.

¹²² Bzw. *related parties* oder *parties liées*; vgl. zuletzt VOE-HU-Anhang I Nr. 19.

¹²³ Vgl. zuletzt Artt. 5 lit. c, 9 Abs. 2 lit. m, ma, 10 Abs. 3, 35 Abs. 3, 40 SPE-VOE-HU; sowie im SPE-VOE-FR bzw. SPE-VOE-CZ zusätzlich Art. 5 Abs. 1 lit. c, Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 lit. m.

¹²⁴ Vgl. zuletzt Art. 40 SPE-VOE-HU; sowie im SPE-VOE-FR bzw. SPE-VOE-CZ zusätzlich Art. 5 Abs. 1 lit. d, Abs. 2, Artt. 9 Abs. 1 lit. m, 10 Abs. 3, 28 Abs. 1 lit. m.

¹²⁵ Bzw. *branch* oder *succursale*.

¹²⁶ Ähnlich Kneisel, SPE im Konzern, S. 41, 77, 109 ff.

¹²⁷ Vgl. dazu unter vorstehend C.

¹²⁸ So auch Kneisel, SPE im Konzern, S. 43.

¹²⁹ Erwägung 17 (S. 14).

¹³⁰ Art. 23 Abs. 6; vgl. aber auch Pläster, Treuepflicht, S. 215 m. w. N.

¹³¹ Vgl. Kneisel, SPE im Konzern, S. 69 – Art. 42 Abs. 2 SPE-VOE(-K); Maul/Röhrich, BB 2008, 1574, 1576 f., 1579; Bucker, ZHR 173 (2009), 281, 286, 295, 299 f.; Nachtwey, Bilanzrecht, S. 59 f.; Pfennig, Gläubigerschutz, S. 23; Brems/Cannivé, Der Konzern 2008, 629, 637; deErice/Gaude, DStR 2009, 857, 859; Rammeloo, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 116; Martens, Ma-

III. Zwischenfazit: Auslegung des SPE-VOE-HU

Die nationalen und ggf. europäischen Gerichte legen die SPE-VO mithilfe der aus der deutschen Methodenlehre bekannten Methoden in europäisch-autonomer Weise aus. Im Rahmen der Wortlautauslegung kommt allen Sprachfassungen eine gleichrangige Bedeutung zu, wobei allerdings der systematisch-teleologischen Auslegung ein sehr viel größeres Gewicht zukommt. Aufschlussreich sind aber auch Vergleiche der verschiedenen SPE-VO-Entwürfe untereinander bzw. mit den nationalen Rechten im Rahmen einer historischen bzw. rechtsvergleichenden Auslegung des SPE-VOE-HU. Legt man den SPE-VOE-HU mithilfe der erwähnten Auslegungsmethoden aus, so ergibt sich, dass der Verordnungsgeber sich expliziter konzernrechtlicher Regelungen enthalten hat.

G. Grundlagen der Sitzkoppelung und Sitzaufspaltung

Von wesentlicher Bedeutung für den transnationalen SPE-Konzern könnten Fragen der Sitzkoppelung und der Sitzaufspaltung sein.

I. Begriffe des Sitzes und der Sitzaufspaltung

Fraglich ist zunächst, wie die Begriffe *Sitz*, *Hauptverwaltung* und *Hauptniederlassung* zu definieren und voneinander abzugrenzen sind. Mit dem Begriff *Sitz* ohne weitere Zusatzangabe ist gemeinhin der Satzungssitz der Gesellschaft gemeint.¹³² Im Französischen ergibt sich dies unmissverständlich aus dem dort etablierten Begriff *siège statuaire*.¹³³ Im Englischen wird demgegenüber üblicherweise der Begriff *registered office*¹³⁴ und nicht der Begriff *seat* gebraucht.¹³⁵ Im Vergleich dazu knüpft der Begriff der *Hauptverwaltung* oder *Hauptniederlassung*¹³⁶ an tatsächliche Umstände an und meint den Verwaltungssitz der Gesellschaft. *Hauptverwaltung* bezeichnet dabei den Ort, an dem die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen¹³⁷ getroffen werden, also grundsätzlich denjenigen Ort, an dem das Geschäftsleitungsorgan der betreffenden Gesellschaft ansässig ist. *Hauptnieder-*

nagementstrukturen, S. 160; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 216; für indirekten Bezug der SPE-VO-Entwürfe zum Konzernrecht *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 76 et seq.

¹³² Vgl. auch SUP-RLE-K Begründung 1. (S. 3), Begründung 3. (S. 7), Erwägung 12 (S. 13), Art. 10, Art. 13 Abs. 1 lit. b, Art. 14 Abs. 1, Art. 21 Abs. 2 lit. g – „satzungsmäßiger Sitz“.

¹³³ Ebenso im SPE-RLE-K.

¹³⁴ Zum englischen Begriffsverständnis und Recht vgl. Artt. 86 und 87 CA 2006; *French/Mayson/Ryan*, in: *Company Law*, pp. 65 f.; *Hannigan*, in: *Company Law*, mn. 2-31 et seq.; zum SPE-Recht vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a, Abs. 3 sowie Artt. 36 ff.; zum SUP-Recht vgl. Begründung 1. (S. 3), Begründung 3. (S. 7), Erwägung 12 (S. 11), Art. 10, Art. 13 Abs. 1 lit. b, Art. 14 Abs. 1, Art. 21 Abs. 2 lit. g.

¹³⁵ Zum Vorentwurf der Sitzverlegungsrichtlinie (Vierzehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie) vgl. *Hannigan*, in: *Company Law*, mn. 2-47; zu *Sitz* bzw. *Sitztheorie* vgl. *Davies*, in: *Company Law*, p. 291; zu Abgrenzungszwecken anders *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 318.

¹³⁶ Bzw. *central administration or principal place of business* oder *l'administration centrale ou le principal établissement*; vgl. auch Art. 54 AEUV, Erwägungsgrund 11 und Art. 1 Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie; Art. 11 Datenbank-richtlinie; Art. 7 SE-VO; Art. 12 EWIV-VO; Art. 23 ROM-II-Verordnung; SUP-RLE-K Begründung 1. (S. 3), Begründung 3. (S. 7), Erwägung 12 (S. 13), Art. 10, Art. 13 Abs. 1 lit. b; §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4a, 7, 10 GmbHG, § 5, 14, 23 Abs. 1 Nr. 1, 39 AktG, §§ 13 ff., 33, 106 HGB.

¹³⁷ Einschließlich der Entscheidung, den Entscheidungen der Konzernspitze zu folgen.

lassung meint demgegenüber den Geschäftsschwerpunkt, also denjenigen Ort, an dem die wesentlichen personellen oder sächlichen Mittel konzentriert sind.¹³⁸

Des Weiteren ist fraglich, wie verschiedene in der Praxis vorkommende Sitzkonstellationen bezeichnet und hergestellt werden können. Sind sowohl Satzungs- als auch Verwaltungssitz einer Gesellschaft in ein- und demselben Mitgliedstaat belegen, spricht man von einer *Sitzkoppelung*. Liegen Satzungs- und Verwaltungssitz allerdings in verschiedenen Mitgliedstaaten, hat sich der Begriff der *Sitzaufspaltung* herausgebildet. Eine solche Sitzaufspaltung kann entweder nachträglich durch grenzüberschreitende Verlegung des Satzungs- oder Verwaltungssitzes oder ursprünglich durch Gründung einer umgangssprachlich „*Briefkastengesellschaft*“ genannten Gesellschaft entstehen. Entscheiden sich die Unternehmen für die Sitzaufspaltung, werden sie die Sitzungssitze typischerweise an einem einzigen Ort, z. B. am Verwaltungssitz der Konzernmutter, konzentrieren.¹³⁹

II. Einheitlicher Konzernaufbau und effiziente Konzernführung durch Sitzaufspaltung

Die Sitzaufspaltung fördert möglicherweise einen einheitlichen Konzernaufbau und damit die effiziente Konzernführung im transnationalen SPE-Konzern.

Die SPE-VO referenziert in Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU und an anderen Stellen¹⁴⁰ auf das Recht des *Sitzmitgliedstaats*¹⁴¹ und knüpft damit an den *Satzungssitz* der Gesellschaft an. In Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt sich dies auch aus der Gegenüberstellung zur *Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung*¹⁴² sowie aus den Regelungen zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung in Artt. 36 ff. SPE-VOE-HU. Der Satzungssitz ist maßgeblich für das Gesellschafts- bzw. Personalstatut der Gesellschaft. Hierzu zählt traditionell das Gesellschaftsrecht, das insbesondere die innere Verfassung der Gesellschaft, ihr Auftreten im Rechtsverkehr und Haftungsfragen umfasst, aber auch den allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaft.¹⁴³ Der Verwaltungssitz ist demgegenüber maßgeblich für Gerichtszuständigkeiten im Internationalen Zivilprozessrecht und Insolvenzrecht,¹⁴⁴ ggf. für die Besteuerung der Gesellschaft,¹⁴⁵ aber auch für korrigierend vorgenommene Sonderanknüpfungen, für Mitbestimmungsfragen

¹³⁸ Vgl. Troberg/Tiedje, in: vdGroebe/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar, Art. 48 EGV Rn. 9 f.; Schüren, in: Schüren/AÜG-Kommentar, § 3 AÜG Rn. 217 f. m. w. N.; Behrens, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. E. III. Rn. 1 ff.; Veil, in: KK-AktG, Art. 7 SE-VO Rn. 13; Leible, in: Michalski/GmbHG, Int. GesR Rn. 72 f.; Nachtwey, Bilanzrecht, S. 293 ff.; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 794, 795 ff.; Culmann, SPE in der Krise, S. 63.

¹³⁹ An den Orten der Verwaltungssitze der Tochtergesellschaften würden Zweigniederlassungen in die Register eingetragen, vgl. Hommelhoff, in: FS Roth, S. 269, 273; a. A. wohl Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 289.

¹⁴⁰ So z. B. auch Art. 10 Abs. 1 SPE-VOE-HU; ähnlich Art. 20 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 SPE-VOE-HU.

¹⁴¹ Bzw. des *Member State in which the SPE has its registered office* oder *l'État membre du siège statutaire de la SPE*.

¹⁴² Vgl. DAV, Stellungnahme, Punkt 33, S. 12.

¹⁴³ Vgl. z. B. Wicke, GmbHG, § 4a Rn. 12 ff..

¹⁴⁴ D. h. für den besonderen Gerichtsstand nach Artt. 2, 60 EuGVO sowie – als Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit (*center of main interest - COMI*) – die Insolvenzeröffnung nach Art. 3 InsVO; vgl. Wicke, GmbHG, § 4a Rn. 12 ff.; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 4a Rn. 12; Insolvenz von SPE bzw. SE Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 899; Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzureife, S. 176 ff.; Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 63 SE-VO Rn. 5; zu Konzerninsolvenzen Liebscher, in: MüKo-GmbHG, Anhang Konzernrecht Rn. 1137; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/InsO, § 13 Rn. 12; zu Qualifizierungsfragen Haas, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 21 ff.

¹⁴⁵ Als *Ort der Geschäftsleitung*; vgl. J. Maier, in: MüKo-GmbHG, § 4a Rn. 8.

sowie für das Deliktsrecht und andere, vor allem dem Gläubiger- und Verkehrsschutz dienende Bereiche.¹⁴⁶ Werden Satzungs- und Verwaltungssitz in ein- und demselben Mitgliedstaat gekoppelt, ist das Recht der Einzelgesellschaft grundsätzlich vergleichsweise einfach handhabbar. Bei der SPE können im Vergleich zur nationalen Rechtsform allerdings deshalb zusätzliche Schwierigkeiten entstehen, weil die verschiedenen Rechtsquellen, Unions- und nationales Recht sowie verschiedene Rechtsgebiete wie z. B. Gesellschafts- und Insolvenzrecht voneinander abgegrenzt werden müssen.¹⁴⁷ Löst man den Blick indes von der Einzelgesellschaft und richtet ihn auf den transnationalen Konzern insgesamt, führt die Sitzkoppelung wegen der Geltung der verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechte zu empfindlichen Effizienzminderungen.

Dagegen ist die Sitzaufspaltung bei Unternehmen beliebt, aber rechtswissenschaftlich und politisch hochumstritten. Denn mithilfe der Sitzaufspaltung kommt in Betracht, für Lückenschließungen ein- und dasselbe nationale Recht für sämtliche Konzerngesellschaften zu wählen.¹⁴⁸ Das brächte im transnationalen Konzern enorme Vorteile. Die weitestgehende Einheitlichkeit des anwendbaren Rechts ist *die* wesentliche Voraussetzung für eine effiziente, also zeit- und kostensparende Konzernführung. Zwar bleibt aufgrund anderweitiger Anknüpfungen teilweise ein Flickenteppich bestehen, wie z. B. in steuerlicher¹⁴⁹ oder mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht.¹⁵⁰ Im transnationalen SPE-Konzern können komplexe Rechtsprobleme entstehen, weil die verschiedenen Rechtsquellen, Unions- und nationales Recht sowie verschiedene Rechtsgebiete wie z. B. Gesellschafts- und Insolvenzrecht voneinander abgegrenzt werden müssen.¹⁵¹ Auch geben Einige zu bedenken, beim Gang ins Ausland könnten auch zahlreiche andere Gründe Unternehmen davon abhalten, eine bestimmte Rechtsform zu wählen.¹⁵² Gleichwohl wird die Sitzaufspaltung vom deutschen Gesetzgeber durch die Einführung von § 4a GmbHG und § 5 AktG¹⁵³ ebenso unterstützt wie vom Ordnungsgeber durch Vorschlag des Art. 7 SPE-VOE-HU.¹⁵⁴ Die ver-

¹⁴⁶ Zu den in der deutschen Literatur vertretenen Meinungen sowie unter Berufung auf die *BGH*- und *EuGH*-Rechtsprechung für eine zurückhaltende Anwendung des deutschen Rechts auf Scheinauslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland vgl. J. Mayer, in: *MüKo-GmbHG*, § 4a Rn. 27.

¹⁴⁷ Zu den Abgrenzungs- und Schnittstellenproblematiken vgl. bereits unter vorstehend E.

¹⁴⁸ Für die Sitzaufspaltung plädierend *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269 f., 271 f., 274; *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 373; ähnlich *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 271, 278 f.; zur Rechnungslegung *Nachtwey*, Bilanzrecht; *Culmann*, SPE in der Krise, S. 66; a. A. *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 571 f.; differenzierend *Casper*, ZHR 173 (2009), 181, 208, 220; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 41 Rn. 14; allgemeiner *Hommelhoff/Teichmann*, in: FS Hopt, S. 849, 850; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 8; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 26, 68 f., 90 f., 115, 125 f., 128, 133 ff., 139, 142, 144, 279; *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 324.

¹⁴⁹ Zum *EuGH*-Urteil *National Grid Indus B.V.* vom 29. November 2011 zur Wegzugbesteuerung (NZG 2012, 114 ff.) vgl. *Beutel/Rehberg*, IStR 2012, 94; zur Wiederaufnahme des EU-Projekts zur Schaffung einer *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)* vgl. *Glaser*, DStR 2011, 2317 ff.; *Herzig*, DB 2012, 1 ff.; *Förster/Krauß*, IStR 2011, 607 ff.; zur Besteuerung der SPE vgl. auch *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 278.

¹⁵⁰ Vgl. auch *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 273; *ders.*, in: FS Stolz, S. 287, 296 mit Fn. 42.

¹⁵¹ Zu den Abgrenzungs- und Schnittstellenproblematiken vgl. bereits in Kapitel 2 unter E.; Vgl. *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 268, 273 ff., 286 f.; *Hommelhoff/ders.*, in: FS Wellensiek, S. 461 ff.; *Culmann*, SPE in der Krise, S. 211 f.; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 114 et seq.

¹⁵² Für die GmbH z. B. *Roth*, in: *ders./Altmeyden/GmbHG*, § 4a Rn. 17; *J. Maier*, in: *MüKo-GmbHG*, § 4a GmbHG Rn. 69; *Wicke*, GmbHG, § 4a Rn. 12.

¹⁵³ Gleiches gilt übrigens für die AG durch Reformierung des § 5 AktG; zu dem gesetzgeberischen Ziel, ein *level playing field*, also gleiche Ausgangsbedingungen gegenüber vergleichbaren Auslandsgesellschaften zu schaffen, vgl. MoMiG-RegE Begründung S. 29.

¹⁵⁴ Zur Einheitlichkeit als zentralem Ziel des Ordnungsgebers vgl. *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269 f.; *ders./Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 345 ff.

schiedensten gegen die Sitzaufspaltung vorgebrachten Argumente¹⁵⁵ sind vornehmlich rechtspolitischer Natur. So wird insbesondere gemahnt, die Sitzaufspaltung begründe die Gefahr einer rechtsmissbräuchlichen Wahl des Satzungssitzstaates.¹⁵⁶

Folglich fördert die Sitzaufspaltung *prima facie* einen einheitlichen Konzernaufbau und damit die effiziente Konzernführung im transnationalen SPE-Konzern.¹⁵⁷ Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass die Konsequenzen einer Sitzaufspaltung bzw. -koppelung im Detail, sei es bei der SPE oder bei der GmbH oder gar im Vergleich beider Rechtsformen, bislang weitestgehend unerforscht geblieben sind.¹⁵⁸

III. Zulässigkeit der Sitzaufspaltung

Fraglich ist allerdings, ob und inwiefern die Sitzaufspaltung bei der SPE zulässig ist.

Nach Maßgabe der *EuGH*-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit kann der Verordnungsgeber ebenso wie der Gesetzgeber eines Herkunftsstaates frei entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen er die Sitzaufspaltung für die SPE zulässt.¹⁵⁹ Nach einem intensiven Ringen der Mitgliedstaaten¹⁶⁰ schreibt Art. 7 SPE-VOE-HU nur noch vor, dass „eine SPE [...] ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Europäischen Union im Einklang mit dem geltenden einzelstaatlichen Recht [hat]“.¹⁶¹ Die Vorschrift dürfte Gegenstand des Verfahrens zur Überprüfung der SPE-VO sein, das nach Art. 48 SPE-VOE-HU fünf Jahre nach deren

¹⁵⁵ Vgl. mit einer Aufzählung *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 271 f.; vgl. auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 90 f., 125 f., 128, 279.

¹⁵⁶ Vgl. hierzu SPE-VOE-HU, I. Einleitung Nr. 6 (S. 2), II. Wichtigste noch offene Fragen (S. 3), III. Kompromisspaket des Vorsitzes (S. 4, 5); einen *genuine Link* befürwortend *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 272; *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 249 f., 253 f.; vgl. auch *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 271; *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 764 f.; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 125, 269.

¹⁵⁷ Dies im Ergebnis annehmend *Hommelhoff*, in: ders./Schubel/Teichmann/SPE, S. 23, 35; *Teichmann*, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 56 f.; zurückhaltender *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 138 f.

¹⁵⁸ Die Problemfelder anreißend *Münch/Franz*, BB 2010, 2707 ff.; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 26; *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 58 f., 85; *J. Maier*, in: MK-GmbHG, § 4a Rn. 27, 69; vgl. aber jüngst zur sitzaufgespaltenen SPE in der Krise *Hommelhoff/Freudenberg*, FS Wellensiek, S. 461, 469 f.

¹⁵⁹ Ähnlich *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 1701, 1703 f.; *Mörsdorf/Jopen*, ZIP 2012, 1398, 1399; wohl auch *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 571 f.; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 7 Rn. 2, Art. 64 Rn. 3; *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 255; *Casper/Weller* NZG 2009, 681, 683; *Ringe*, Sitzverlegung S. 49 ff.; *Altmeppen/Ego*, in: MüKo-AktG, Europäische Niederlassungsfreiheit Rn. 26, 55, 123 ff.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 7 SE-VO Rn. 3 (mit Fn. 11), Art. 8 Rn. 4; im Hinblick auf den alten Vorschlag für eine Sitzverlegungsrichtlinie *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 56; auf Grundlage der älteren *EuGH*-Rechtsprechung auf derselben Linie *Drinhausen*, in: Habersack/ders./SE-Recht, Art. 69 SE-VO Rn. 7, 9; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1918; dagegen für Unabhängigkeit des Verordnungsgebers *König/Bormann*, NZG 2012, 1241, 1243 f.; *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321, 332; *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 656 ff. (mit Fn. 98), 661, 671; allgemein in dieselbe Richtung *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1492.

¹⁶⁰ Vgl. hierzu SPE-VOE-HU, I. Einleitung Nr. 6 (S. 2), II. Wichtigste noch offene Fragen (S. 3), III. Kompromisspaket des Vorsitzes (S. 4, 5); vgl. auch *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 102 et seqq.

¹⁶¹ Wohl gemeint: „maßgebenden einzelstaatlichen Recht“; vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 6a (S. 9); *Martens*, Managementstrukturen, S. 19 (mit Fn. 164); *Gutsche*, in: FS Hommelhoff, S. 285, 292; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 104, 119; zum jüngsten SE-Reformprozess Bestrebungen vgl. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 7 SE-VO Rn. 9 f.; *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 273 m. w. N.; dieselbe Linie verfolgt der Verordnungsgeber übrigens bei der FE, vgl. *Kommission*, Unterrichtung zu BR-Drs. 74/12 (B), S. 3.

Inkrafttreten durchzuführen sein wird. Mit dem Begriff *Sitz*¹⁶² knüpft die Vorschrift an den satzungsmäßigen Sitz an.¹⁶³

Die Entscheidung, ob der Satzungssitz auf der einen und die Hauptverwaltung bzw. -niederlassung auf der anderen Seite in ein- und demselben Mitgliedstaat oder gar an ein- und demselben Ort belegen sein müssen, überlässt Art. 7 SPE-VOE-HU mithin in salomonischer Weise dem mitgliedstaatlichen Recht.¹⁶⁴ Damit enthält sich die Vorschrift einer eigenen kollisionsrechtlichen Aussage in Richtung der Gründungs- oder Sitztheorie.¹⁶⁵ Das nationale Recht des Satzungssitzstaates darf frei darüber bestimmen, ob es seinen Gesellschaften – und damit möglicherweise nach einem Gleichbehandlungsgrundsatz¹⁶⁶ auch der SPE – die Sitzaufspaltung erlaubt oder verbietet.¹⁶⁷ Abgesehen davon kann an dieser Stelle noch offenbleiben, ob Art. 7 SPE-VOE-HU als Sachnormverweis auf das nationale Sachrecht oder als Gesamtnormverweis auf das nationale Kollisionsrecht zu verstehen ist.¹⁶⁸ Aus Art. 7 SPE-VOE-HU ergibt sich jedenfalls, dass die Sitzaufspaltung bei der SPE auf Grundlage des SPE-VOE-HU grundsätzlich möglich ist.

Für eine in Deutschland domizilierende SPE würde also gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang II der § 4a GmbHG zur Anwendung kommen.¹⁶⁹ Infolge des MoMiG verlangt § 4a GmbHG nur noch, dass sich der Satzungssitz der Gesellschaft im Inland befinden muss. Bei der Vorschrift handelt es sich um eine in einer materiellrechtlichen Regelung versteckte, im Ergebnis der Gründungstheorie gleichkommende, aber speziell nur für GmbHs geltende, einseitige Kollisionsnorm.¹⁷⁰ Den Ansichten, sitzaufgespaltene GmbHs seien nunmehr

¹⁶² Bzw. *registered office* oder *siège statutaire*.

¹⁶³ Im Ergebnis ebenso mit ähnlichen Argumenten in Bezug auf die die SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 7 SE-VO Rn. 11, 13; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 299 f.; vgl. auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 261 ff., 275 f.; *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 174 f.

¹⁶⁴ Zu den politischen Differenzen vgl. SPE-VOE-HU, Einleitung S. 2 ff.; vgl. auch *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 222.

¹⁶⁵ So im Ergebnis auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 339; so auch schon Art. 7 SE-VO, der freilich die Sitzkoppelung vorschreibt; zum mangelnden kollisionsrechtlichen Gehalt der Vorschrift vgl. Erwägung 27 SE-VO; *Veil*, KK-AktG, Art. 7 SE-VO Rn. 5; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 7 Rn. 1 f.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 7 SE-VO Rn. 1 f.; a. A. *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 188, 270; *Culmann*, SPE in der Krise, S. 84; ähnlich *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 764.

¹⁶⁶ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a).

¹⁶⁷ Allgemein *Wöhlert/Degen*, GWR 2012, 432 ff.; *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1757; *Weller*, LMK 2012, Nr. 336113; *König/Bormann*, NZG 2012, 1241, 1243; *Braun*, DZWIR 2012, 411 f.; *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 2701, 2702 f.; *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321, 324 f., 326 f.; *Behme*, NZG 2012, 936, 937 f., 939; *Behrens*, EuZW 2012, 625; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 f., 1485 f., 1488; *Roth*, ZIP 2012, 1744, 1745; *ders.*, in: Roth/Altmeyden/GmbHG, § 4a Rn. 50a; *Teichmann*, DB 2012, 2085, 2086 ff.; *ders.*, in: FS Hommelhoff, S. 1213, 1223 ff., 1234 f., 1236; *Tschorr*, Verlegung des Satzungssitzes, S. 23 f., 45 ff.

¹⁶⁸ Auf Basis des SPE-VOE-SE offenlassend *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 339, 341; zur Beantwortung der Frage vgl. Kapitel 4 E. III.

¹⁶⁹ So auch *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 117 (fn. 67).

¹⁷⁰ So auch *Behrens/Hoffmann*, in: Ulmer/GmbHG, Einl. B (Int. GesR) Rn. B 53 ff.; *Roth*, in: *ders./Altmeyden/GmbHG*, § 4a Rn. 11, 17, 20; *Wicke*, GmbHG, § 4a Rn. 12 ff.; *ders.*, MittBayNot 2011, 23, 30; *Däubler/Heuschmidt*, NZG 2009, 493, 494 (Sitzverlegung); *Paefgen* WM 2009, 529, 530 f.; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 8, 177; *Fischer*, in: Heidel/Aktienrecht, § 5 Rn. 17; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 6 Rn. 55 ff.; *Leitzen*, NZG 2009, 728; allerdings offenlassend *ders.*, RNotZ 2011, 536, 537; wohl auch *Ulmer/Löbke*, in: Ulmer/GmbHG, § 4a Rn. 1, 14, 17; *Süß*, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 1 Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts, Kap. B Rn. 39, 48, 50 f.; *Teichmann*, in: HB-Int.-GmbH-Recht, § 4 Sitzverlegung, Kap. D Rn. 25, 28; *Beutel/Rehberg*, IStR 2012, 94; *Leuering/Rubner*,

unproblematisch möglich,¹⁷¹ Deutschland sei generell zur Gründungstheorie übergegangen,¹⁷² oder die Neuregelung habe lediglich sachrechtlichen Gehalt,¹⁷³ kann nicht gefolgt werden.

Im Lichte der jüngsten *EuGH*-Judikatur zur Niederlassungsfreiheit – insbesondere im Lichte der Rechtssachen *Cadbury Schweppes* und *Vale* – ist allerdings fraglich, ob Gesellschaften und damit auch SPEs bereits sitzaufgespalten gegründet werden dürfen und inwiefern Sitzaufspaltungen nachträglich durch grenzüberschreitende Verlegung des Satzungs- oder Verwaltungssitzes herbeigeführt werden dürfen. In der Literatur ist umstritten, ob für Sitzaufspaltungen zusätzlich eine Mobilitätskomponente dergestalt zu fordern ist, dass nur nachträgliche Sitzaufspaltungen mittels Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnen. Einige sind z. B. der Auffassung, die Niederlassungsfreiheit sei bei anfänglichen Sitzaufspaltungen nicht eröffnet und damit nicht verletzt, wenn der Verwaltungssitzstaat die Sitzaufspaltung anerkenne.¹⁷⁴ Im Hinblick auf die nachträgliche Sitzaufspaltung sind einige der Ansicht, die Zuzugstaaten dürften die nachträgliche Sitzaufspaltung durch grenzüberschreitende Geschäftssitzverlegung nicht ablehnen.¹⁷⁵ Dementsprechend wird auch vertreten, die Herkunftsstaaten dürften ihren Gesellschaften die nachträgliche

NJW-Spezial 2011, 463; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, § 4a Rn. 15; *Thorn*, in: Palandt/BGB, Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 7; *Hirte*, NZG 2008, 761, 766; *Fingerhuth/Rumpf*, IPRax 2008, 90, 92 – „beschränkt kollisionsrechtliche Auslegung“; im Ergebnis ebenso, wenn auch mit Bedenken, *J. Mayer*, in: MüKo-GmbHG, § 4a Rn. 9, 68 f., 73 f.; ohne Bedenken nunmehr *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 4a Rn. 12 f.; jetzt wohl auch *C. Jaeger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 4a Rn. 10; zu § 5 AktG vgl. *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 5 Rn. 3; *Drescher*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 5 Rn. 10 (Sitzverlegung); wohl auch *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 5.

¹⁷¹ So z. B. *Otte*, BB 2009, 344 ff.; *Franz*, BB 2009, 1250 ff.; *Kronawitter*, NVwZ 2009, 936, 937; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 127.

¹⁷² Dahingehend *Solveen*, in: Hölters/AktG, § 5 Rn. 7; *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1586 f.; wohl auch *Tebben* RNotZ 2008, 441, 447; diese Ansicht hat sich spätestens seit dem *Trabrennbahn*-Urteil des BGH erledigt, vgl. BGH v. 27. Oktober 2008, Az. II ZR 158/06, NJW 2009, 289, 291 – *Trabrennbahn* (schweizerische Gesellschaft); BGH v. 8. Oktober 2009, Az. IX ZR 227/06 (in Singapur gegründete Gesellschaft).

¹⁷³ So *Desch*, BB 2010, 3104, 3111; *Peters*, GmbHR 2008, 245, 249; *Michalski/Funke*, in: Michalski/GmbHG, § 4a Rn. 9, 34 ff., 83 ff.; *Kindler*, IPRax 2009, 189, 198 f.; *ders.*, AG 2007, 721, 725 f., 730 f.; *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 153; wohl auch *Mörsdorf*, EuZW 2009, 97, 101; *Weller*, LMK 2012, Nr. 336113; wohl auch *Tschorr*, Verlegung des Sitzungssitzes, S. 17 f., 54 f.; für die AG *Schluck-Amend*, in: Nirk u. a./Handbuch der AG, Rn. 4.117, 4.135, 4.137, 4.139 f., 4.144, 4.146, 4.153; in diese Richtung auch, wenngleich für einen Zuzugsfall nach Deutschland, BGH ZIP 2008, 2411, 2413 Tz. 22 – *Trabrennbahn*; dies dürfte sich angesichts des zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willens nicht halten lassen, vgl. MoMiG-RegE Begründung S. 29.

¹⁷⁴ So auch *Teichmann*, in: FS Hommelhoff, S. 1213, 1223 ff., 1234 f., 1236; noch vor Erlass des *Vale*-Urteils *ders.*, ZGR 2011, 639, 666, 672; *Roth*, ZIP 2012, 1744, 1745; *Kindler*, EuZW 2012, 888, 891 f.; a. A. – Briefkastengründungen müssen weiterhin anerkannt werden – *Pläster*, Treuepflicht, S. 63, allerdings ggf. abweichend auf S. 93; *Rubner/Leuring*, NJW-Spezial 2012, 527, 528; *Klett*, GWR 2012, 319; *Braun*, DZWIR 2012, 411, 415; *Behme*, NZG 2012, 936, 939; *Stöber*, ZIP 2012, 1273, 1276; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1486 (m. w. N. in Fn. 64), 1488, 1492; wohl auch *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 216.

¹⁷⁵ Ebenso *Teichmann*, in: FS Hommelhoff, S. 1213, 1223 ff., 1234 f., 1236; *ders.*, DB 2012, 2085; *ders.*, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 4 Rn. 38, 47; *Hommelhoff/ders.*, in: ECFR-Special 2013, S. 1, 13 et seq.; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 121 et seq.; *Wöhlert/Degen*, GWR 2012, 432; *König/Bormann*, NZG 2012, 1241; *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 2701, 2702; *Behme*, NZG 2012, 936, 937; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 f.; *Tschorr*, Verlegung des Sitzungssitzes, S. 37 ff., 43 ff.; a. A. – Ablehnung verstößt nicht gegen Niederlassungsfreiheit – *Roth*, EuZW 2010, 607 (608 ff.); *ders.*, ZIP 2012, 1744 f.; *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, IntGesR, Rn. 128; *Grundmann*, Europäisches GesellschaftsR, Rn. 785; *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 1701, 1702 f., 1704; *König/Bormann*, NZG 2012, 1241, 1242 f.; *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321, 326 f., 332; *Mörsdorf/Jopen*, ZIP 2012, 1398, 1399; *Wicke*, GmbHG, § 4a Rn. 11; *ders.*, GmbHR 2011, 566, 571 f.

Sitzaufspaltung im Wege der isolierten Satzungssitzverlegung erlauben oder verbieten.¹⁷⁶ Der Streit muss für die Zwecke dieser Arbeit nicht entschieden werden.

Für die Zwecke dieser Arbeit entscheidend ist vielmehr folgender Befund: Solange der Verordnungsgeber die Sitzaufspaltung nicht in der SPE-VO selbst erlaubt, unterliegen transnationale SPE-Konzerne im Hinblick auf die Sitzaufspaltung denselben Rechtsunsicherheiten wie solche Konzerne, die sich aus Konzerngesellschaften mitgliedstaatlichen Rechts zusammensetzen.

H. Besondere Bedeutung des *effet utile* der SPE-VO für den SPE-Konzern

Bei der Auslegung des SPE-VOE-HU könnte dem *effet utile*-Grundsatz ein besonders großes Gewicht zukommen.

I. Inhalt und Bedeutung des *effet utile*-Grundsatzes nach der EuGH-Rechtsprechung

Innerhalb der teleologischen Auslegung hat der sogenannte *effet utile*-Grundsatz eine überragende Bedeutung.¹⁷⁷ Diesen Grundsatz hat der EuGH aus dem völkerrechtlichen Auslegungsprinzip „*ut res magis valeat quam pereat*“¹⁷⁸ entwickelt¹⁷⁹ und in ständiger Rechtsprechung verfestigt.¹⁸⁰ Im Völkerrecht besagt der dem römischen Recht entlehnte Grundsatz, dass ein völkerrechtlicher Vertrag so auszulegen ist, dass er nicht ganz oder teilweise seine „*volle Wirksamkeit*“ verliert, und dass sein Gestaltungsziel und Regelungszweck „*bestmöglich erreicht*“ werden.¹⁸¹

Der EuGH hat hieran angelehnt die Maxime entwickelt, eine jede unionsrechtliche Vorschrift müsse so ausgelegt werden, dass sie ihren *effet utile* entfalten kann.¹⁸² In den deutschen Übersetzungen der Urteile wurden hierfür im Laufe der Zeit die Begriffe „*nützliche Wirkung*“, „*praktische Wirksamkeit*“ bzw. „*volle Wirksamkeit*“ ge-

¹⁷⁶ So auch Wicke, DStR 2012, 1756, 1758; Böttcher/Kraft, NJW 2012, 2701, 2704; Teichmann, DB 2012, 2085, 2087 f. – allerdings unter Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot; Schluck-Amend, in: Nirk u. a./Handbuch der AG, Rn. 4.117, 4.135, 4.137, 4.139 f., 4.144, 4.146, 4.153; Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1398, 1399; Kindler, in: MünchKomm-BGB, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 128 ff., 531; Leible, in: Michalski/GmbHG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 37; a. A. Behme, NZG 2012, 936, 939; Stöber, ZIP 2012, 1273, 1276; Bayer/Schmidt, ZIP 2012, 1481, 1486 (m. w. N. in Fn. 64), 1488, 1492; Chiu, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 62, 64 et seq.; wohl auch Hommelhoff, AG 2013, 211, 216; bereits vor der Vale-Entscheidung des EuGH Leible, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 44; offelassend Braun, DZWIR 2012, 411, 415; a. A. wohl auch die Intention der Kommission bei der Sitzverlegungsrichtlinie, vgl. dazu Schopper/Skarics, NZ 2012, 321, 327; vgl. auch Tschorr, Verlegung des Satzungssitzes, S. 74 ff.; Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 291 f.; zur isolierten Satzungssitzverlegung auch Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 6 Rn. 59; Altmeppen/Ego, in: MK-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 338.

¹⁷⁷ Vgl. Augsberg, in: Terhechte/Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 8 f. – Metaregel; Schwarze, in: ders./EU-Kommentar, Art. 19 EUV Rn. 38; Wegener, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 19 EUV Rn. 15; Bergmann, in: ders./Handlexikon, Stichwort „*effet utile*“; Potacs, EuR 2009, 465, 469; Frenz, Europarecht, Rn. 419 f., 422, 425.

¹⁷⁸ Zu Deutsch: „Die Worte sind so zu verstehen, dass ihr Sinn deutlicher wird und nicht verdunkelt wird.“.

¹⁷⁹ Vgl. Augsberg, in: Terhechte/Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 8; Potacs, EuR 2009, 465, 466; Frenz, Europarecht, Rn. 420.

¹⁸⁰ Vgl. v. a. EuGH, Rs. 9/70, Slg. 1970, 825 Rn. 5 – Leberpfennig; EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 Rn. 12 – Van Duyn; EuGH, Rs. 246/80, Slg. 1981, 2311 Rn. 16 – Broeckmeulen; EuGH, Rs. C-6/90 und C9/90, Slg. 1991, I-5357 Rn. 32 – Francovich; aber auch EuGH, Rs. 51/76, Slg. 1977, 113 Rn. 20/29 – Nederlandse Ondernemingen; EuGH, Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635 Rn. 11 – Beentjes; EuGH, Rs. 190/87, Slg. 1988, 4689 Rn. 27 – Borken.

¹⁸¹ Vgl. v. Heinegg, in: Ipsen/Völkerrecht, § 11 Rn. 16; Potacs, EuR 2009, 465, 466.

¹⁸² Vgl. die Fundstellen in Fn. 180 sowie Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 19 Rn. 58; Schwarze, in: ders./EU-Kommentar, Art. 19 Rn. 38; Gaitanides, in: vdGroeben/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar, Art. 220 Rn. 55.

braucht.¹⁸³ In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass die Begriffe synonym dahingehend zu verstehen sind, dass es entscheidend auf die Wirkungsentfaltung der Regelung ankommt.¹⁸⁴ Anders als vom *BVerfG* angenommen¹⁸⁵ meint der *EuGH* mit dem *effet utile*-Grundsatz nicht einen Grundsatz der „größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse“, sondern einen Grundsatz der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts.¹⁸⁶ Hierbei muss neben der praktischen Wirksamkeit der einzelnen Norm auch die praktische Wirksamkeit des gesamten Normengefüges sichergestellt werden.¹⁸⁷

Mithin ist das Unionsrecht so auszulegen und anzuwenden, dass die Ziele der EU-Verträge am besten und einfachsten erreicht werden können¹⁸⁸ bzw. die Zielerreichung möglichst wenig beeinträchtigt wird.¹⁸⁹ Dementsprechend ist derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die die Funktionsfähigkeit der Union am besten sicherstellt¹⁹⁰ und der europäischen Integration am besten dient.¹⁹¹ Im Rahmen dessen verpflichtet Art. 4 Abs. 3 EUV die Mitgliedstaaten dazu, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.¹⁹² Dementsprechend verlangt der *effet utile*-Grundsatz, im Hinblick auf die Anwendung nationalen Rechts den Vorrang des Unionsrechts zu beachten.¹⁹³ Auch sofern nationales Recht Lücken im Unionsrecht schließt, darf die Zielerreichung des Unionsrechts nicht gefährdet oder vereitelt werden.¹⁹⁴ Außerdem ist der *effet utile*-Grundsatz bei der unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen.¹⁹⁵

Auch Sekundärrecht ist nach dem *effet utile*-Grundsatz in der Weise auszulegen und anzuwenden, dass die mit ihm verfolgten Ziele bestmöglich erreicht werden.¹⁹⁶ Welche Ziele das Sekundärrecht jeweils verfolgt, ist unter

¹⁸³ Vgl. z. B. *EuGH*, RS. 9/70, Slg. 1970, 825 Rn. 5 – *Leberpfennig*; *EuGH*, RS. 41/74, Slg. 1974, 1337 Rn. 12 – *Van Duyn*; *EuGH*, RS. 48/75, Slg. 1976, 497 Rn. 69/73 – *Royer*.

¹⁸⁴ Vgl. *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 19 Rn. 58; *Schwarze*, in: ders./EU-Kommentar, Art. 19 Rn. 38; *Gaitanides*, in: vdGroeben/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar, Art. 220 Rn. 55; *Frenz*, Europarecht, Rn. 419; *Potacs*, EuR 2009, 465, 467; *Seyr*, Effet utile, S. 281 ff.; *Streinz*, in: FS Everling, S. 1491, 1495 f.

¹⁸⁵ BVerfGE 89, 155, 210 – *Maastricht*.

¹⁸⁶ Vgl. *Schwarze*, in: ders./EU-Kommentar, Art. 19 EUV Rn. 38; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 19 EUV Rn. 15; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 19 EUV Rn. 58; *Gaitanides*, in: vdGroeben/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar, Art. 220 EG Rn. 55; differenzierend *Potacs*, EuR 2009, 465, 467 ff., 473 ff.; a. A. wohl *Bergmann*, in: ders./Handlexikon, Stichwort „effet utile“.

¹⁸⁷ Vgl. *EuGH*, Rs. 22/86, Slg. 1987, 1339 Rn. 11 ff. – *Rindone*; *Frenz*, Europarecht, Rn. 426.

¹⁸⁸ *Borchardt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 15 Rn. 47; *Magiera*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 13 Rn. 6; *Frenz*, Europarecht, Rn. 422; vgl. auch *Michalski/Funke*, in: Michalski/GmbHG, § 4a Rn. 80.

¹⁸⁹ *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261, 274 f. – mit der SE-VO, SE-RL und Fusions-RL als Beispielen; *EuGH*, RS. C-466/07, Slg. 2009, I-803, Rn. 37 – *Klarenberg*.

¹⁹⁰ Vgl. *EuGH*, Rs. 9/70, Slg. 1970, 825 Rn. 5 – *Leberpfennig*; *EuGH*, Rs. C-6/90 und C9/90, Slg. 1991, I-5357 Rn. 32 – *Franco-vich*; *EuGH*, Rs. C-63/00, Slg. 2002, I-4483 Rn. 24 – *Schilling und Nehring*; *Frenz*, Europarecht, Rn. 419, 422, 426; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 19 Rn. 57.

¹⁹¹ Vgl. *Augsberg*, in: Terhechte/Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 9; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 19 Rn. 57; *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 405; *Bergmann*, in: ders./Handlexikon, Stichwort „effet utile“; *Borchardt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 15 Rn. 47; *Magiera*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 13 Rn. 6; *Frenz*, Europarecht, Rn. 422 f.; *Seyr*, Effet utile, S. 22 ff.; vgl. auch *Hommelhoff*, in: FS Stolz, S. 287 f.

¹⁹² Vgl. auch, allerdings noch zu Art. 10 Abs. 2 EGV, *Potacs*, EuR 2009, 465, 476, 480.

¹⁹³ Vgl. *Frenz*, Europarecht, Rn. 439.

¹⁹⁴ Vgl. *Frenz*, Europarecht, Rn. 441.

¹⁹⁵ Vgl. *Frenz*, Europarecht, Rn. 444.

¹⁹⁶ Vgl. *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261, 274; *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 405; *Frenz*, Europarecht, Rn. 422.

besonderer Beachtung der Erwägungsgründe zu eruieren.¹⁹⁷ Auch die Wahl der Rechtsgrundlage kann auf bestimmte Ziele hinweisen.¹⁹⁸ Ergibt sich in Auslegung des Unionsrechts ein bestimmtes Ziel, muss diese Grundentscheidung des Unionsgesetzgebers beachtet werden; das bedeutet gleichzeitig, dass mit Rücksicht auf andere Interessen vorgesehene Ausnahmen grundsätzlich eng auszulegen sind.¹⁹⁹

II. Bedeutung des *effet utile*-Grundsatzs für die Auslegung des SPE-VOE-HU

Fraglich ist, welche Bedeutung dem *effet utile*-Grundsatz nach den dargestellten Grundsätzen²⁰⁰ bei der Auslegung des SPE-VOE-HU zukommt.

Hierfür sind zunächst die Ziele der SPE-VO zu bestimmen.²⁰¹ Laut den Erwägungsgründen zum SPE-VOE-HU möchte der Verordnungsgeber mit der SPE eine Rechtsform schaffen, die über ein unionsweit weitestgehend einheitliches, einfaches und flexibles Gesellschaftsrecht verfügt und hierdurch für die Unternehmen die Effizienz steigert.²⁰² Diese Intention unterstreicht der Verordnungsgeber in dem den Erwägungsgründen vorangestellten Einleitungs- bzw. Begründungstext.²⁰³ In den Erwägungsgründen führt der Unionsgesetzgeber des Weiteren aus, dass nationale Rechtszersplitterungen bestehen bleiben, wenn wie bei den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien lediglich die nationalen Rechte harmonisiert werden.²⁰⁴ Auch dies wird zusätzlich im Begründungstext betont.²⁰⁵ Im Begründungstext schlussfolgert der Verordnungsgeber des Weiteren, die SPE sei als supranationale Rechtsform das wirksamste und zielgerichtetste Mittel, um den Unternehmen eine unionsweit einheitliche Rechtsform zur Verfügung zu stellen.²⁰⁶

Folglich soll die SPE-VO mit der SPE eine supranationale Rechtsform ins Leben rufen, die die Effizienz dadurch funktionstüchtig steigert, dass die Rechtsform unionsweit weitestgehend demselben einfachen und flexiblen Gesellschaftsrecht unterliegt.²⁰⁷ Das kann wiederum nur dadurch erreicht werden, dass so wenig wie möglich

¹⁹⁷ Vgl. Wegener, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 19 Rn. 15; Gaitanides, in: vdGroeben/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar, Art. 220 Rn. 55; Teichmann, ZGR 2002, 383, 405.

¹⁹⁸ Wegener, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 19 Rn. 15.

¹⁹⁹ Vgl. EuGH, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651 Rn. 36 – Johnston; EuGH, Rs. 2 und 3/62, Slg. 1962, 867, 881 – Lebkuchen; EuGH, Rs. 90/63 und 91/63, Slg. 1964, 1329, 1347 – Milchpulver; EuGH, Rs. 46/76, Slg. 1977, 5, 15 – Bauhuis; EuGH, Rs. 29/75, Slg. 1976, 431, 442 – Kaufhof; EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625, 1638 – Kommission/Irland; EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, 654 – Reyners; Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337, Rn. 18, 19 – Van Duyn; EuGH, Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219, 1231 – Rutili; EuGH, Rs. 127/73, Slg. 1974, 313, 318 – BRT/Sabam; sowie Wegener, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 19 Rn. 15; Gaitanides, in: vdGroeben/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar, Art. 220 Rn. 55.

²⁰⁰ Vgl. unter soeben I.

²⁰¹ Vgl. allgemein unter soeben I.

²⁰² Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 3, 5 und 20 (S. 7 f., 15); SUP-RLE-K Begründung 1 (S. 1); vgl. auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 69, 75; Hommelhoff, in: FS Stilz, S. 287 und 289.

²⁰³ Vgl. SPE-VOE-HU Einleitung 2 (S. 1); SPE-VOE-K Begründungen 2, 4 und 6 (S. 2 ff., 6).

²⁰⁴ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 1 und 2 (S. 6 f.).

²⁰⁵ Vgl. SPE-VOE-HU-K Begründungen 4 und 6 (S. 3 ff.).

²⁰⁶ Vgl. SPE-VOE-K Begründung 4 (S. 3 f.) – „the SPE would constitute the most effective and targeted means of achieving the objective set out above“ bzw. „la SPE constituerait le moyen le plus efficace et le plus ciblé pour atteindre l'objectif exposé cidessus“, ungenau dagegen „würde die SPE das effizienteste und angemessenste Mittel zur Erreichung dieses Ziels sein“.

²⁰⁷ So auch Kneisel, SPE im Konzern, S. 67; Martens, Managementstrukturen, S. 29, 33; Jung, GesRZ 2012, 153, 160; Hommelhoff, in: FS Stilz, S. 287, 289, 291; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 37 f., 69, 75; Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 138, 146; Jung, Kapitalverfassung, S. 12; vgl. auch Drygala, EuZW 2014, 491, 495 – einheitliches Konzernrecht als *enabling law*; Kalss, EuZW 2013, 361 f.

disparates nationales Recht Anwendung findet.²⁰⁸ Dieses Ziel unterstreicht der Unionsgesetzgeber dadurch, dass er zu einer Verordnung und nicht lediglich zu einer Richtlinie oder Empfehlung als gesetzgeberischem Mittel greift.²⁰⁹ Ziel des SPE-VOE-HU ist nicht die bloße Harmonisierung bzw. Rechtsangleichung, sondern ein einheitliches supranationales Recht bzw. Rechtseinheitlichkeit.²¹⁰ Das Ziel einer unionsweit möglichst einheitlichen Rechtsform verfolgte bereits die SE-VO²¹¹ und sollte bei der SPE umso besser erreicht werden.²¹² Auch der SUP-RLE-K verfolgt als *Follow-up* zum SPE-VOE eine unionsweit einheitliche Rechtsform, obwohl der Verordnungsgeber in der Hoffnung auf bessere Einigungsmöglichkeiten zum gesetzgeberischen Mittel einer Richtlinie greift.²¹³ In dem Ziel einer unionsweit einheitlichen Rechtsform spiegelt sich das Ziel der EU-Verträge wider, mit der europäischen Integration eine Rechts- und Wirtschaftseinheit im europäischen Binnenmarkt herzustellen.²¹⁴

Der *effet utile*-Grundsatz verlangt des Weiteren die SPE-VO auf diejenige Weise auszulegen und anzuwenden, mit der dem Ziel einer europaweit weitestgehend funktionstüchtigen einheitlichen Rechtsform am besten entsprochen wird.²¹⁵ Unter Achtung dieser Grundentscheidung des Unionsgesetzgebers²¹⁶ ist grundsätzlich derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, nach der das unionsweit einheitliche Personalstatut der SPE gilt. Was zu diesem Personalstatut zählt, muss wiederum in Auslegung des SPE-VOE-HU eruiert werden. Es kommt in Betracht, dass außer den materiellen Verordnungsregelungen auch bestimmte Satzungsregelungen sowie bestimmte Regelungen des nationalen Sitzstaatenrechts zum Personalstatut der SPE gehören.²¹⁷ Hierfür spricht das Postulat des Verordnungsgebers, das SPE-Gesellschaftsrecht müsse auch flexibel sein.²¹⁸ Jedenfalls muss im Zusammenspiel der auf die SPE anwendbaren Normen²¹⁹ sichergestellt sein, dass die SPE unionsweit weitestgehend funktionstüchtig und einheitlich ist.

Sofern also disparates nationales Recht zur Anwendung kommt, darf dies nur ausnahmsweise geschehen und

²⁰⁸ Vgl. auch Hommelhoff, in: FS Stilz, S. 287 f., 289, 291; Teichmann, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 51 f.; Jung, Kapitalverfassung, S. 62, 82, 121; im Zusammenhang mit der SUP BRAK, Stellungnahme, S. 4.

²⁰⁹ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 1 (S. 6); SPE-VOE-K Begründung 4 (S. 4); zur Bedeutung der Rechtsgrundlage vgl. unter soeben I.

²¹⁰ Dagegen generell nur für Rechtsangleichung aufgrund Unionsrechts Drinkuth, Kapitalrichtlinie, S. 83 f.; vgl. auch Hommelhoff, in: FS Stilz, S. 287, 299.

²¹¹ Vgl. Siems, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 113; Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 17; Teichmann, ZGR 2002, 383, 405.

²¹² Vgl. Anzinger, AG 2009, S. 739 f.; Hommelhoff, AG 2013, S. 211 ff.

²¹³ Vgl. SUP-RLE-K Begründung 1. (S. 2 f.), Begründung 2. (S. 4 f.), Erwägungen 8 und 15 (S. 12 f.), Art. 11.

²¹⁴ Vgl. auch SUP-RLE-K Begründung 3. (S. 5 f.), Erwägung 8 (S. 12); Kalss, EuZW 2013, 361 f. – Effizienzsteigerung für transnationale Konzerne zwecks Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit; allgemein Borchardt, in: Schulte/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 15 Rn. 47 sowie unter soeben I.

²¹⁵ So auch Kneisel, SPE im Konzern, S. 67; Martens, Managementstrukturen, S. 29, 33; Jung, GesRZ 2012, 153, 160; zur SE-VO Siems, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 113; Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 17; Teichmann, ZGR 2002, 383, 405; Conac, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 77 et seq.; allgemein Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 88; Bleckmann/Pieper, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. B. I. Rn. 38; Riesenhuber, in: ders./Methodenlehre, § 10 Rn. 45; Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 19 EUV Rn. 57 ff.; vgl. auch Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 3 EUV Rn. 8 sowie unter soeben I.

²¹⁶ Vgl. allgemein unter soeben I.

²¹⁷ Vgl. Kapitel 3 A. I. 3., II.

²¹⁸ Vgl. SPE-VOE-HU Einleitung 2 (S. 1); SPE-VOE-K Begründungen 4 und 6 (S. 4, 6).

²¹⁹ Vgl. Kapitel 2 E.

darf dies die Wirksamkeitsentfaltung des Personalstatuts nur so wenig wie möglich beeinträchtigen.²²⁰ In diesen Zusammenhang obliegt es den Mitgliedstaaten nach Art. 45 SE-VOE-HU, den *effet utile* der SPE-VO mithilfe der SPE-Ausführungsgesetze zu fördern.²²¹ Aber auch sofern nationales Recht Lücken im Unionsrecht schließt, darf das Ziel einer unionsweit möglichst funktionstüchtigen und einheitlichen SPE nicht gefährdet oder vereitelt werden. Dies gilt auch, nachdem der Verordnungsgeber von seiner mit dem SPE-VOE-K ursprünglich noch verfolgten Idee eines SPE-Vollstatuts abgerückt ist.²²² Denn bereits allgemein und unabhängig vom SPE-Statut obliegt den Mitgliedstaaten Zurückhaltung bei der Anwendung ihres Rechts, um die europäische Integration nicht zu gefährden oder zu vereiteln.²²³ Geht es um die Etablierung einer funktionstüchtigen supranationalen Rechtsform, muss dies erst recht und umso mehr gelten. Im Zusammenspiel der auf die SPE anwendbaren Normen bedeutet das, dass soweit als möglich Unionsrecht zur Anwendung kommen muss, bevor das nationale Satzungssitzstaatenrecht gilt, und dass dieses nationale Sitzstaatenrecht soweit als möglich zur Anwendung kommen muss, bevor das nationale Verwaltungssitzstaatenrecht gilt.²²⁴

Indem der *effet utile* des SPE-VOE-HU eine Rechtsauslegung und -anwendung fordert, durch die dem Ziel einer europaweit weitestgehend funktionstüchtigen einheitlichen Rechtsform am besten entsprochen wird, wirkt er sich in besonderem Maße auf den SPE-Konzern aus. Denn die angestrebte unionsweite Einheitlichkeit der SPE vermag ihre Vorteile zumindest ganz überwiegend nicht bei der Einzelgesellschaft, sondern bei den Mitgliedern einer Unternehmensgruppe zu entfalten.²²⁵ Folglich verlangt der *effet utile* des SPE-VOE-HU die Schaffung eines europaweit möglichst effizienten SPE-Konzerns.

I. Zusammenfassung Kapitel 2: Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU

Für die sprachliche Umschreibung einer Unternehmensgruppe existieren die verschiedensten Begriffe. Die vorliegende Arbeit gebraucht die neutraleren Begriffe *übergeordnetes* und *nachgeordnetes* Unternehmen. Für die rechtliche Definition einer Unternehmensgruppe stehen mit dem *Control-Konzept* und dem *Herrschaftskonzept* zwei Modelle zur Beschreibung eines Konzernsachverhalts zur Verfügung, die zwar im Detail verschieden sind, im Ergebnis aber durch verschiedene Ausnahmetatbestände einander angenähert sind.²²⁶

Indem der Verordnungsgeber davon ausging, die SPE sei typischerweise in einen Konzern eingebunden, bildet die Konzernierung ein genuines Charakteristikum der SPE. Bei der Auslegung und Anwendung des SPE-VOE-HU muss die Konzernierung der SPE grundsätzlich mitberücksichtigt werden. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass im Konzern ein Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielheit herrscht. Ein SPE-Konzernrecht muss sowohl

²²⁰ Vgl. allgemein unter soeben I.

²²¹ Ebenso zu Art. 68 SE-VO *Oechsler*, AG 2005, 373, 379.

²²² Zu dieser Entwicklung vgl. *Anzinger*, BB 2009, S. 2606 ff.; ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Brüggemeier*, Funktion von Regelungsaufträgen, S. 9 f.

²²³ Vgl. allgemein unter soeben I.

²²⁴ In diese Richtung auch So auch *Chiu*, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 48 – „as a last resort“; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 82, 116 f.; bei der SE *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 137; *Casper*, in: FS Ulmer, S. 51, 58; *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10, 17; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 32.

²²⁵ Vgl. unter vorstehend B.; vgl. auch *Brüggemeier*, Funktion von Regelungsaufträgen, S. 9; *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133.

²²⁶ Vgl. unter vorstehend A.

organisations- als auch schutzrechtliche Bestandteile beinhalten. Bei der Erforschung des SPE-Konzernrechts kommt es auf das Zusammenspiel der für die SPE geltenden Rechtsquellen an: Die SPE unterliegt der SPE-VO, der Satzung und dem nationalen Recht. Diese Systematik ist bereits von der SE bekannt, wo die drei verschiedenen Rechtsquellen in einem komplexen hierarchischen Verhältnis zueinander stehen. Beim Blick auf den SPE-VOE-HU wird allerdings schnell klar, dass die von der SE bekannte Methodik auf die SPE allenfalls in begrenztem Maße übertragen werden kann. Es steht zu vermuten, dass für den SPE-Konzern sowohl die SPE-VO, als auch die Satzung und das nationale Recht von entscheidender Bedeutung sind.²²⁷

Im SPE-Konzern entstehen – in Abhängigkeit vom Regelungsbereich der SPE-VO – einerseits Schnittstellen in Bezug auf verschiedene Rechtsgebiete, nämlich insbesondere das Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrecht. Andererseits ergeben sich Schnittstellen aus dem Aufeinandertreffen von Unionsrecht und nationalem Recht, also z. B. Regelungen der SPE-VO bzw. der EuInsVO sowie des GmbHG bzw. der InsO. Zusätzlich bestehen Schnittstellen in Bezug auf Gesetzesrecht und privatautonomes Recht, also z. B. die SPE-VO und die Satzung. Welche Schnittstellen im SPE-Konzern bestehen und wie diese zu handhaben sind, hängt entscheidend von den Funktionen ab, die den verschiedenen Arten von Rechtsquellen jeweils zukommen sollen. Der Verordnungsgeber möchte, dass die SPE grundsätzlich dem Unionsrecht unterliegt und nationales Recht nur in bestimmten Fällen zur Anwendung kommt. Nach dem Willen des Verordnungsgebers bildet die SPE-Satzung ein wesentliches Instrument um sicherzustellen, dass die SPE so weit wie möglich unionsweit einheitliche Regelungen und nicht dem zersplitterten Recht der Mitgliedstaaten unterfällt. Nationales Recht gilt erstens in Gestalt mitgliedstaatlicher SPE-Ausführungsgesetze und zweitens zwecks Füllung von Lücken in der SPE-VO oder der SPE-Satzung.²²⁸

Die nationalen und ggf. europäischen Gerichte legen die SPE-VO mithilfe der aus der deutschen Methodenlehre bekannten Methoden in europäisch-autonomer Weise aus. Im Rahmen der Wortlautauslegung kommt allen Sprachfassungen eine gleichrangige Bedeutung zu, während im Zuge der systematisch-teleologischen Auslegung der *effet utile* ein besonderes Gewicht hat. Aufschlussreich sind aber auch Vergleiche der verschiedenen SPE-VO-Entwürfe untereinander bzw. mit den nationalen Rechten im Rahmen einer historischen bzw. rechtsvergleichenden Auslegung des SPE-VOE-HU. Legt man den SPE-VOE-HU mithilfe der erwähnten Auslegungsmethoden aus, so ergibt sich, dass der Verordnungsgeber sich expliziter konzernrechtlicher Regelungen enthalten hat.²²⁹

Mit dem Begriff *Sitz* ohne weitere Zusatzangabe ist gemeinhin der Satzungssitz der Gesellschaft gemeint. Im Vergleich dazu knüpft der Begriff der *Hauptverwaltung* oder *Hauptniederlassung* an tatsächliche Umstände an und meint den Verwaltungssitz der Gesellschaft. Je nachdem ob der Satzungs- und Verwaltungssitz in ein- und demselben Mitgliedstaat liegen oder nicht, liegt eine *Sitzaufspaltung* oder *Sitzkoppelung* vor. Indem die SPE-VO mit ihren Verweisnormen an den *Satzungssitz* der Gesellschaft anknüpft, fördert die Sitzaufspaltung *prima facie* einen einheitlichen Konzernaufbau und damit die effiziente Konzernführung im transnationalen SPE-Konzern. Die Zulässigkeit sitzaufgespaltener SPEs überlässt Art. 7 SPE-VOE-HU dem mitgliedstaatlichen Recht. Solange der Verordnungsgeber die Sitzaufspaltung nicht in der SPE-VO selbst erlaubt, unterliegen transnationale SPE-

²²⁷ Vgl. unter vorstehend B., C. und D.

²²⁸ Vgl. unter vorstehend E.

²²⁹ Vgl. unter vorstehend F. und H.

Konzerne im Hinblick auf die Sitzaufspaltung denselben Rechtsunsicherheiten wie solche Konzerne, die sich aus Konzerngesellschaften mitgliedstaatlichen Rechts zusammensetzen.²³⁰

J. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU

Die Untersuchungen dieser Arbeit fördern zahlreiche Erkenntnisse zutage, die die Gesetzgeber bei ihren anstehenden Entscheidungen zur Förderung grenzüberschreitender Unternehmen nutzen sollten. Dementsprechend wird nachfolgend und im Anschluss an jedes weitere Kapitel dieser Arbeit eine Art Wunschliste formuliert, die der Unionsgesetzgeber und der deutsche Gesetzgeber wohlwollend prüfen mögen.

I. Verordnungsgeber

1. Die SPE-VO ist bereits darauf ausgerichtet, die Effizienz im transnationalen Konzern zu steigern.²³¹ Daher sollte der Verordnungsgeber es sich nicht nehmen lassen, dieses Verordnungsziel in den Erwägungsgründen der SPE-VO ausdrücklich festzuschreiben.²³² Er sollte verdeutlichen, dass er die Konzernierung als genuines Charakteristikum der SPE ansieht.²³³ Mithin sollte der Verordnungsgeber im SPE-VOE über seine begrüßenswerte, aber lediglich auf Weisungsrechte bezogene Zielfestschreibung im SUP-VOE-K²³⁴ hinausgehen.
2. Um den *effet utile* der SPE-VO zu verwirklichen, sollte der Unionsgesetzgeber unbedingt einen neuen Anlauf unternehmen, die Sitzaufspaltung der SPE durch die SPE-VO ohne Verweis in mitgliedstaatliches Recht zu erlauben.²³⁵ Denn solange er dies nicht tut, unterliegen transnationale SPE-Konzerne im Hinblick auf die Sitzaufspaltung denselben Rechtsunsicherheiten wie solche Konzerne, die sich aus Konzerngesellschaften mitgliedstaatlichen Rechts zusammensetzen.²³⁶ Der Verordnungsgeber muss seine zuletzt auch im SUP-RLE-K gezeigte Zurückhaltung²³⁷ aufgeben.
3. Zur Vermeidung von Zweifeln, wann ein Konzern mit entsprechenden organisations- und schutzrechtlichen Erfordernissen vorliegt, sollte der Verordnungsgeber unter Berücksichtigung des *Control-Konzepts* oder *Herrschaftskonzepts* in der SPE-VO den Konzernbegriff definieren.²³⁸
4. Auch sofern in der SPE-VO noch weitere Änderungen vorgenommen werden, sollte stets berücksichtigt werden, dass der SPE-Konzern nicht nur schutz-, sondern auch organisationsrechtlicher Instrumente bedarf.²³⁹

²³⁰ Vgl. unter vorstehend G.

²³¹ Vgl. *Europäische Kommission*, Feedback Statement 2007.

²³² Vgl. unter vorstehend F.

²³³ Vgl. unter vorstehend B.

²³⁴ Vgl. Erwägung 23 (S. 14).

²³⁵ In diese Richtung bereits ein unveröffentlichter Entwurf, vgl. dazu *Hommelhoff*, in: ders./Schubel/Teichmann/SPE, S. 23, 36 ff. (mit Fn. 46, 57); für die Zulassung der Sitzaufspaltung auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 15.

²³⁶ Vgl. unter vorstehend G.

²³⁷ Vgl. Begründung 1. (S. 3), Erwägung 12 (S. 13).

²³⁸ Vgl. unter vorstehend A.; für Konzernbegriff gemäß Art. 1 Konzernbilanzrichtlinie *Hommelhoff*, in: ders./Schubel/Teichmann/SPE, S. 23, 37 f.

II. Deutscher Gesetzgeber

1. Nimmt Deutschland an dem SPE-Projekt teil, darf der deutsche Gesetzgeber beim Erlass des SPE-Ausführungsgesetzes den *effet utile* der SPE-VO nicht gefährden oder schmälern.²⁴⁰ Neben dem Postulat der unionsweiten Einheitlichkeit der SPE muss der deutsche Gesetzgeber stets berücksichtigen, dass der SPE-Konzern nicht nur schutz-, sondern auch organisationsrechtlicher Instrumente bedarf.²⁴¹
2. Im SPE-Ausführungsgesetz müssen zunächst die in der SPE-VO enthaltenen Staatenregelungsaufträge umgesetzt werden. Gleichzeitig obliegt dem deutschen Gesetzgeber die Entscheidung, von welchen der zahlreichen Staatenwahlrechte er Gebrauch machen möchte.²⁴² Außerdem ist zu überlegen, wie die SPE im Übrigen in das deutsche Gesellschaftsrecht eingebettet werden kann. Hierbei sind nicht zuletzt die Auswirkungen der SPE-Einführung auf das Umwandlungsgesetz zu bedenken. Jenseits des Gesellschaftsrechts muss überprüft werden, ob und inwiefern die SPE in den Steuergesetzen und den Bestimmungen zu deren Durchführung zu berücksichtigen ist.
3. In den SPE-Ausführungsregelungen sollte jeweils konkret erwähnt werden, auf welche Regelungen der SPE-VO sie sich stützen. Sofern es sich hierbei um Wahlrechte handelt, empfiehlt sich die Angabe, ob von diesen Wahlrechten ganz oder nur teilweise Gebrauch gemacht werden soll, und was bei nur teilweisem Gebrauchmachen im Übrigen geschehen soll.
4. Im Zusammenhang mit der SPE zeigt sich, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Schaffung von § 4a GmbHG bereits einen wichtigen Schritt in Richtung Effizienzsteigerung im transnationalen Konzern unternommen hat. Trotzdem sollte der deutsche Gesetzgeber darauf hinwirken, dass die Sitzaufspaltung der SPE unmittelbar durch die SPE-VO erlaubt wird.²⁴³

III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf eine konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU

1. Sowohl der Unions- als auch der deutsche Gesetzgeber sollten berücksichtigen, dass die SPE-VO eine Chance für die Effizienzsteigerung im transnationalen SPE bietet.
2. Aus diesem Grund sollten sie in ihren Gesetzgebungsakten die Konzernierung als genuines Charakteristikum festschreiben. Sie sollten berücksichtigen, dass sich ein effizienter SPE-Konzern nur durch weitestgehende unionsweite Einheitlichkeit sowie durch organisations- und schutzrechtliche Komponenten erreichen lässt.

²³⁹ Vgl. unter vorstehend C.

²⁴⁰ Vgl. unter vorstehend F.

²⁴¹ Vgl. unter vorstehend C.

²⁴² Vgl. unter vorstehend E.

²⁴³ Vgl. unter vorstehend G.

Kapitel 3 Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern

A. SPE-VO

I. Regelungsbereich der SPE-VO

Der Regelungsbereich des SPE-VOE-HU muss näher umrissen werden, weil die SPE-VO nicht sämtliche mit einer SPE in Verbindung stehenden Fragen regeln kann und will.²⁴⁴ Der SPE-VOE-HU benennt zwar in seinen Artikeln nicht konkret, welche Bereiche er umfasst, und welche er nicht umfasst und damit dem nationalen Recht überantwortet.²⁴⁵ Gleichwohl könnte seine Auslegung ergeben, dass der Regelungsbereich des SPE-VOE-HU ein SPE-Konzernrecht beinhaltet.

1. Bereiche diesseits und jenseits des Gesellschaftsrechts

Das Konzernrecht könnte deshalb in den Regelungsbereich der SPE-VO fallen, weil die SPE-VO das *Gesellschaftsrecht*²⁴⁶ der SPE beinhaltet.

a) Grundsätzliche Regelung des gesamten SPE-Gesellschaftsrechts

Die SPE-VO könnte grundsätzlich das gesamte *Gesellschaftsrecht* der SPE umfassen. In diese Richtung deuten möglicherweise die Positiv- und Negativabgrenzungen im SPE-VOE-HU. Einerseits spricht der Verordnungsgeber allgemein von der grundsätzlich unionsweit einheitlichen Regelung des Gesellschaftsrechts²⁴⁷ und weist bestimmte gesellschaftsrechtliche Fragen ausnahmsweise dem nationalen Recht zu. Andererseits schließt der Verordnungsgeber Bereiche „außerhalb des Gesellschaftsrechts“ aus.²⁴⁸ Hierbei zählt der Verordnungsgeber beispielhaft Insolvenz- und Steuerrecht und Rechnungslegung auf, meint allerdings auch das allgemeine Verkehrsrecht.²⁴⁹ Das ergibt sich aus einem Erst-Recht-Schluss aus Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU und der Spezialregelung

²⁴⁴ Vgl. z. B. Ehrliche, KSzW 2010, 6, 7; Bachmann, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 183, 223; Rammello, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 105, 111.

²⁴⁵ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 58; vgl. auch Autoren-Gesamtteam, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Kommentar zu Art. 12 SPE-VOE-CREDA 1997 (Anwendbares Recht); mit der aktualisierten Fassung vgl. Teichmann, ECL 2006, 279, 281.

²⁴⁶ *Company law* bzw. *droit des sociétés*.

²⁴⁷ SPE-VOE-K Begründung (2. Ziele des Vorschlags) S. 2, Begründung (4. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit) S. 4, Begründung (6. Folgenabschätzung) S. 5 Spiegelstriche 1 und 2, Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags – Kapitel I) S. 6 f.; SPE-VOE-HU Einleitung Nr. 2 (S. 1), Erwägung 2 (S. 7) sowie Erwägung 6 (S. 8).

²⁴⁸ SPE-VOE-K S. 7; für das Insolvenzrecht wohl a. A. Kneisel, SPE im Konzern, S. 87.

²⁴⁹ Mit gleichem Ergebnis für die SPE Koutsogianni-Hanke, Verdeckte Sacheinlage, S. 287 (mit Fn. 1354); Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 59 ff.; für die SE z. B. Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 6, 11 und 21; C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 2 und 7; für die SPE wohl auch Rammello, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 112 (fn. 38), 118, 127; vgl. aber auch Martens, Managementstrukturen, S. 70.

in Art. 4 Abs. 4 SPE-VOE-HU.²⁵⁰ Zum allgemeinen Verkehrsrecht zählen z. B. das Vertrags- und Deliktsrecht.²⁵¹ Mithin sprechen die Positiv- und Negativabgrenzungen im SPE-VOE-HU dafür, dass die SPE-VO grundsätzlich das gesamte *Gesellschaftsrecht* der SPE umfasst.²⁵²

b) Methodik für die Bestimmung des Regelungsbereichs

Was zum Gesellschaftsrecht der SPE und zu den außerhalb des Regelungsbereichs der SPE-VO beheimateten Materien gehört, könnte im Wege der Qualifikation zu entscheiden sein. Diese aus dem Internationalen Privatrecht bekannte Methodik könnte auf das Recht der supranationalen Rechtsformen zu übertragen sein. Hier wie dort geht es darum zu entscheiden, ob Rechtsnormen miteinander kollidieren und wie mit Kollisionen umzugehen ist. Während im Internationalen Privatrecht nationale Rechte aufeinanderprallen, konfligiert im Recht der supranationalen Gesellschaften Unionsrecht mit nationalem Recht. Zur Kollision kommt es bereits im rein nationalen Kontext. Beim Grenzübertritt potenzieren sich die Abgrenzungs- und Schnittstellenprobleme²⁵³ dadurch, dass neben dem Unionsrecht mehrere nationale Rechte zum Einsatz kommen. Denn die nationalen Rechte unterscheiden sich nicht nur in den Anknüpfungsmomenten, sondern auch in ihren materiellrechtlichen Lösungen. Im nationalen wie transnationalen Sachverhalt vermag die Qualifikation der Vorschriften Abhilfe zu verschaffen. Damit besteht das Qualifikationserfordernis gleichermaßen im rein nationalen wie im transnationalen SPE-Konzern. Mithin ist die Methodik der Qualifikation auf das Recht der supranationalen Rechtsformen zu übertragen²⁵⁴ und entscheidet darüber, was zum Gesellschaftsrecht der SPE und zu den außerhalb des Regelungsbereichs der SPE-VO beheimateten Materien gehört.

Sofern es den Regelungsbereich der SPE-VO abzugrenzen gilt, müssen die fraglichen Rechtsfragen bzw. Regelungen nach europäisch-autonomen Grundsätzen qualifiziert werden.²⁵⁵ Die Grundsätze des autonomen Rechts können allenfalls jenseits des Regelungsbereichs zur Anwendung kommen, wenn z. B. das Insolvenz- vom Deliktsstatut abgegrenzt werden muss.

Sofern das Unionsrecht und Äußerungen des Ordnungsgebers im Rahmen der unionsrechtlichen Qualifikation unergiebig sind, könnten kollisionsrechtliche Qualifikationsgrundsätze allerdings durchaus zu Hilfe genommen werden. Nach diesen Grundsätzen hängt die Einordnung einer Vorschrift weniger von deren systematischen Stellung, als vielmehr von deren Funktion und materiellem Gehalt ab.²⁵⁶ Bei der Bestimmung der Funktion der

²⁵⁰ Ähnlich Wirtz, Lückenfüllung, S. 197; Kneisel, SPE im Konzern, S. 73 f.; unklar Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 118 ff., 169; für die SE Siems, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 96; allgemein Rüthers/Fischer/Birk, Rechts-theorie, Rn. 897 ff. (S. 519 ff.).

²⁵¹ Ebenso zur SE Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 28; allgemein Ulmer, NJW 2004, 1201, 1205.

²⁵² So z. B. auch Bachmann, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 224; Teichmann, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 84; Jung, GesRZ 2012, 153, 154, 157; dies., Kapitalverfassung, S. 60 ff., 95, 114 ff. – Aspekte können auch implizit geregelt sein; Schoene-mann, Organisationsverfassung, S. 60; für die SE z. B. Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 25.

²⁵³ Vgl. dazu Kapitel 2 E.

²⁵⁴ Ebenso für die SE Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 35; Schmidt, NZI 2006, 627 f.

²⁵⁵ Wohl a. A. Teichmann, ZGR 2011, 639, 684.

²⁵⁶ Vgl. Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 73; Kienle, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 3 Rn. 40, 43, 46, 50; Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 436 ff., 687 ff., 690 ff., 709 ff., 717 ff.; Eidenmüller, in: ders./Ausländische Kapitalgesellschaften, § 4 Rn. 8, § 9 Rn. 4; ders., NJW 2005, 1618 ff.; Müller, NZG 2003, 414, 416; Vallen-

Normen kommt es allerdings stärker als im nationalen Recht auf den gesetzgeberischen Willen an. Denn indem der Verordnungsgeber die Regelungen der SPE-VO gerade mit dem Ziel schafft, nach dem Effektivitätsgrundsatz ein möglichst wirkungsvolles Funktionieren der SPE sicherzustellen,²⁵⁷ sind die Funktion der Norm und der gesetzgeberische Wille stärker miteinander verwoben. Alternativ zur Anwendung kollisionsrechtlicher Grundsätze kommt in Betracht, den Regelungsbereich nach anderen in der Literatur vertretenen Methoden zu bestimmen. So könnte man zunächst überlegen, auf die Abschnitts- und Kapitelüberschriften in der SPE-VO²⁵⁸ oder die Kompetenzen des Verordnungsgebers²⁵⁹ abzustellen; bei nicht ausdrücklich geregelten Bereichen wie z. B. dem Konzernrecht hilft dies allerdings nicht viel weiter. Teleologisch motivierte Unterscheidungsversuche nach Innen- und Außenrecht oder Organisations- und Tätigkeitsrecht²⁶⁰ sind wenig hilfreich, da auch das Spielfeld der Satzung größtenteils dem Unionsrecht und damit dem Regelungsbereich der SPE-VO zugeschlagen sein soll. Ein Abstellen auf das, was für eine Kapitalgesellschaft zwingend erforderlich ist,²⁶¹ ist zu eng und undeutlich. Mithin vermögen die anderen in der Literatur vertretenen Ansichten im Vergleich zum kollisionsrechtlichen Ansatz nicht zu überzeugen. Sofern das Unionsrecht und Äußerungen des Verordnungsgebers im Rahmen der unionsrechtlichen Qualifikation unergiebig sind, sind also kollisionsrechtliche Qualifikationsgrundsätze heranzuziehen.²⁶²

c) Gesellschaftsstatut

(1) Gesellschaftsrecht im Allgemeinen

Was zum Gesellschaftsrecht bzw. Personalstatut der SPE gehört, ist wie gezeigt²⁶³ europäisch-autonom unter hilfsweisem Rückgriff auf kollisionsrechtliche Grundsätze zu bestimmen.

Vor dem Hintergrund der inzwischen zahlreichen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien, der immer zahlreicher werdenden supranationalen Rechtsformen und der verschiedenen Gesetzgebungsvorhaben²⁶⁴ werden die Konturen des Europäischen Gesellschaftsrechts immer deutlicher. Danach lässt es sich als das Recht begreifen, nach dem die Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis „entsteht, lebt und vergeht“.²⁶⁵ Hierzu zählen allgemeine Fragen der Rechtspersönlichkeit, Mitgliedschaft und Auflösung²⁶⁶ ebenso wie die im Konzern besonders relevan-

der, ZGR 2006, 425, 441; *Mankowski*, NZI 2010, 1004; *Lüer*, in: Uhlenbruck/InsO, Art. 4 EuInsVO Rn. 12; *Reinhart*, in: MüKo-InsO, Art. 4 EuInsVO Rn. 2 ff.

²⁵⁷ Vgl. Kapitel 2 H. II.

²⁵⁸ So in Bezug auf die SE *Wagner NZG* 2002, 985, 988; ähnlich *Brandt/Scheifele DStR* 2002, 547, 549.

²⁵⁹ So *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 197; zur SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18; *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 96; in diese Richtung in Bezug auf die SE auch *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 7; *Brandt/Scheifele DStR* 2002, 547, 550; *Wagner NZG* 2002, 985, 988.

²⁶⁰ In Bezug auf die SE vgl. *Brandt/Scheifele DStR* 2002, 547, 550 m. w. N.; ähnlich für die SPE *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 118 ff.

²⁶¹ So aber *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 74.

²⁶² Ebenso in Bezug auf die SE vgl. *Brandt/Scheifele DStR* 2002, 547, 550 m. w. N.

²⁶³ Vgl. unter vorstehend b).

²⁶⁴ Vgl. Kapitel 2 F. I. 2. d).

²⁶⁵ Zur Einheitslehre z. B. *Lang*, in: Beck'scher-OK GmbHG, System. Darstellungen Int. Gesellschaftsrecht Rn. 4, 103 f.

²⁶⁶ Zum Kollisionsrecht *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 27; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 18; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 564 ff., 610 ff., 685 f.

ten Fragen der Kapital-, Organisations- und Finanzverfassung²⁶⁷ bzw. des Gläubiger- und Minderheitenschutzes²⁶⁸ sowie der Haftungsverfassung der Gesellschaft.²⁶⁹ Indem die SPE-VO grundsätzlich das gesamte Gesellschaftsrecht der SPE umfasst,²⁷⁰ umfasst sie auch all diese zum Personalstatut gehörenden Fragen. Obwohl der SPE-VOE-HU zahlreiche Anleihen bei der Kapitalrichtlinie nimmt, ist sein Regelungsbereich also sehr viel weiter als derjenige der Kapitalrichtlinie,²⁷¹ der sich auf Gründungs- und Kapitalfragen beschränkt. Soweit unionsrechtliche Regelungen fehlen, kommt über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU und die übrigen Verweisnormen das Gesellschaftsrecht des Satzungsstaates zur Anwendung. Die Verweisnormen beziehen sich auf den Regelungsbereich der SPE-VO und damit auf das Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten.²⁷²

Fraglich ist allerdings, wie das Personalstatut der SPE von anderen Statuten abzugrenzen ist. Es kommt in Betracht, Abgrenzungszweifel automatisch zugunsten des Personalstatuts aufzulösen.²⁷³ Kollidieren beispielsweise die Anwendungsbereiche und damit die Regelungszwecke der SPE-VO und der EuInsVO, dürfte allerdings jedes der Regime aus sich heraus das Bestreben haben, sich selbst möglichst effektiv zur Anwendung zu bringen. Im Ergebnis hilft es aber nicht, wenn an der Schnittstelle von Gesellschafts- und Insolvenzrecht ein- und dieselbe Frage aus Sicht der SPE-VO gesellschaftsrechtlich und aus Sicht der EuInsVO insolvenzrechtlich qualifiziert wird. Im supranationalen Gesellschaftsrecht muss es also darum gehen, ein in sich möglichst schlüssiges und kohärentes System zu finden.²⁷⁴ Das ist im Vergleich zur innerstaatlichen Abstimmung von Normen aufeinander zwar umso herausfordernder, aber ein grundlegender Baustein für funktionstüchtige supranationale Rechtsformen. Vor diesem Hintergrund sind Rechtsfragen nicht automatisch, sondern nur dann dem Personalstatut der SPE zuzuschlagen, wenn dies der unionsweiten bzw. konzernindividuellen Einheitlichkeit²⁷⁵ besonders zuträglich ist.

(2) Konzernrecht als Teil des Gesellschaftsrechts

Das SPE-Konzernrecht könnte nach systematisch-teleologischen Erwägungen als Teil des SPE-Gesellschaftsrechts der SPE ebenfalls in den Regelungsbereich der SPE-VO fallen. Das könnte wiederum bedeuten, dass der Verordnungsgeber mit dem SPE-VOE-HU gleichzeitig ein unionsweit weitestgehend einheitliches SPE-Konzernrecht

²⁶⁷ Zur SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 27; zum Kollisionsrecht *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 18, 159, 161 ff.; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 137 ff.; *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 24 ff.

²⁶⁸ Zur SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18; zum Kollisionsrecht *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 16; *Lang*, in: Beck'scher-OK GmbHG, System. Darstellungen Int. Gesellschaftsrecht Rn. 4, 103 f.; *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 24 ff.

²⁶⁹ Zum Kollisionsrecht *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 24 ff.; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 142 ff.; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 550 ff., 632 ff., 649 ff., 698 ff.; *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 324 ff.

²⁷⁰ So z. B. auch *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 224; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 84; *Jung*, GesRZ 2012, 153, 154, 157; für die SE z. B. *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 25.

²⁷¹ Dazu *Schön*, ZHR 174 (2010), 155, 157 ff.; *K. Schmidt*, BB 2011, 1603, 1609 f.; *Spetzler*, KTS 2010, 433, 441, 443; *Binder*, ZVglRWiss 112 (2013), 23, 33 f., 36, 43 f.; *Piepenbrock*, NZI 2012, 905, 911; *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 819 f.

²⁷² Ebenso zu Art. 9 SE-VO z. B. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18; offenlassend auf Basis des SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 58 f. – zumindest auch Gesellschaftsrecht, aber kein allgemeines Verkehrsrecht.

²⁷³ So *Salomon*, Regelungsaufträge; wohl auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 129; zum Kollisionsrecht *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 398.

²⁷⁴ Vgl. auch *Schön*, ZHR 174 (2010), 155, 162.

²⁷⁵ Zu diesem grundlegenden Zweck des SPE-VOE-HU vgl. Kapitel 2 B., F. I. 2. b).

anstrebt. Dazu ist zunächst europäisch-autonom zu qualifizieren, was der Ordnungsgeber unter Konzernrecht verstehen könnte. Entsprechend der organisations- und schutzrechtlichen Dimension des Konzernrechts ist als Konzernrecht grundsätzlich der Gesamtbestand all derjenigen Regelungen zu verstehen, die der *Konzernermöglichung* und dem Schutz vor den spezifischen *Konzerngefahren* für Gesellschafter und Gläubiger zu dienen bestimmt sind.²⁷⁶ Die Nichtexistenz umfangreicher, als Konzernrecht betitelter Sonderregelungen in den SPE-VO-Entwürfen besagt nichts darüber, ob und wie der Ordnungsgeber Konzernsachverhalte auf europäischer Ebene behandelt wissen möchte.²⁷⁷

Vielmehr könnten in Auslegung des SPE-VOE-HU systematische Erwägungen dafür sprechen, dass die SPE-VO eine konzernrechtliche Dimension haben sollte. Insofern könnte der Wille, das *Gesellschaftsrecht* der SPE durch die SPE-VO zu regeln,²⁷⁸ den Willen des Ordnungsgebers indizieren, konzernrechtliche Fragen als genuine Bestandteile des Gesellschaftsrechts ebenfalls abzudecken. Eine rechtsvergleichende Betrachtung zeigt,²⁷⁹ dass das Konzernrecht nicht nur in den einzelnen Mitgliedstaaten,²⁸⁰ sondern auch auf europäischer Ebene²⁸¹ als Teildisziplin des Gesellschaftsrechts verstanden wird.²⁸² Hierbei werden freilich zwei grundlegend verschiedene Regelungsansätze verfolgt.²⁸³ Auf der einen Seite steht ein in mehr oder minder großen Teilen systematisch zusammenhängend geregeltes oder durch Rechtsfortbildung ausgebildetes spezielles Recht für Unternehmensgruppen, wie es sich insbesondere im deutschen Aktienrecht etabliert hat.²⁸⁴ Auf der anderen Seite steht ein

²⁷⁶ Ähnlich zur SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 22; *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 16, 89; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 31; zum Kollisionsrecht *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 218 f., 221; zum Organisations- und Schutzrecht vgl. Kapitel 2 C.

²⁷⁷ Vgl. auch *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672; bei der SE jenseits des Konzernrechts grundsätzlich ebenso *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18; vgl. auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 61.

²⁷⁸ Vgl. dazu unter vorstehend a).

²⁷⁹ So auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 74; a. A. *Pläster*, Treuepflicht, S. 32 f.

²⁸⁰ Aus deutscher Sicht vgl. *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 5; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 105; *Habersack*, in: *Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Einl. Rn. 1, 14; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 12; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 22, 76; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 218 f., 221; aus englischer Sicht vgl. secc. 1159 et seq. CA 2006; Schedule 7 CA 2007; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 2.8 (p. 72 – statistics), 5.3.12, 14.15 und 18.6.8.6 (p. 144 et seq., 422 et seq., 587 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 1-55 et seq., 3-35 et seq., 3-60; *Davies*, Company Law, pp. 95 et seq.; *Knapp*, Positionspapier, S. 3; überblicksartig *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 676 ff.; *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59 ff.; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 39; zusätzlich zu anderen Rechtsordnungen *Conac*, ECFR 2013, 194, 198 ff.

²⁸¹ Ebenso *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 31; *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 16; *Lächler/Oplustil*, NZG 2005, 381, 386; vgl. insbesondere die (nicht verwirklichte) Konzernrichtlinie, dazu z. B. *Kindler*, in: MüKo-BGB, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 59; aber auch die jüngsten Bestrebungen der Kommission im Europäischen Gesellschaftsrecht, http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_de.htm.

²⁸² So auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 78 f.; wohl auch *Druey*, in: FS Hommelhoff, S. 135, 156; allgemein zum englischen Begriffsverständnis *Rajak*, in: ZGR-Sonderheft 1998, S. 187, 188 ff.; im Zusammenhang mit der SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 22.

²⁸³ Vgl. auch *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 678 ff.; *Druey*, in: FS Hommelhoff, S. 135, 136 ff., 154 f.; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 216; für drei verschiedene Regelungsansätze *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 78 et seq.; zur Zukunft des Konzernrechts *Drygala*, AG 2013, 198, 201.

²⁸⁴ Dem folgend auch in Portugal, Ungarn, Tschechien und Slowenien; vgl. *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59 f., 71, 73 f.; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 56 f.; *Veil*, in: Jannott/Frodermann/SE-Handbuch, Kap. 11 Rn. 3; *Druey*, DJT-Gutachten 1992, S. H 31 ff.; *Druey*, in: FS Hommelhoff, S. 135, 142 f.

solches Sonderrecht für Unternehmensgruppen, das nur in kleinen Teilen allgemein vorhanden²⁸⁵ oder nur punktuell durch Spezialregelungen oder Rechtsprechungsgrundsätze ausgebildet und damit viel stärker mit dem Recht der unverbundenen Gesellschaft verflochten ist.²⁸⁶ Die Grenzen sind fließend, wie z. B. das deutsche GmbH-Konzernrecht zeigt.²⁸⁷ Bei der Beantwortung der Frage, ob und inwiefern der Verordnungsgeber auf Unionebene *Konzernrecht* regeln will, dürfen diese verschiedenen Regelungsansätze den Blick nicht verstellen und das „Ob“ und „Wie“ konzernrechtlicher Regelungen miteinander vermengen. Folglich indiziert der Wille, das *Gesellschaftsrecht* der SPE durch die SPE-VO zu regeln, den Willen des Verordnungsgebers, konzernrechtliche Fragen als genuine Bestandteile des Gesellschaftsrechts ebenfalls abzudecken.²⁸⁸

In Bezug auf die SE wird in Deutschland freilich überwiegend die Auffassung vertreten, mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Scheitern der Konzernrechtsrichtlinie und die Historie der SE-VO gelte allein nationales Konzernrecht.²⁸⁹ Dass die generelle Schaffung eines umfassenden Konzernsonderrechts *ad acta* gelegt wurde,²⁹⁰ heißt aber nicht zwangsläufig, dass der Verordnungsgeber sich stets und auch im Hinblick auf die SPE unionsrechtlicher Konzernregelungen enthalten will.²⁹¹ Vielmehr hat er im Verordnungsgebungsverfahren mehrfach zum Ausdruck gebracht, die SPE-VO solle das Gesellschaftsrecht der SPE soweit wie möglich abdecken.²⁹² Es ist nicht davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber das SPE-Konzernrecht *partout* nicht regeln will, obwohl es zum Gesellschaftsrecht zählt und er das Gesellschaftsrecht der SPE möglichst umfassend regeln möchte.²⁹³ Mithin sprechen systematische Erwägungen dafür, dass die SPE-VO anders als die SE-VO durchaus eine konzernrechtliche Dimension haben sollte.

Außerdem könnten teleologische Erwägungen dafür sprechen, dass der Regelungsbereich der SPE-VO auch ein SPE-Konzernrecht umfasst. Der Verordnungsgeber würde die von ihm angestrebte unionsweite Einheitlichkeit und Funktionstüchtigkeit der SPE und damit das zentrale Ziel des SPE-VOE-HU aufs Spiel setzen, würde er jegliches Unionskonzernrecht vermeiden, obwohl die SPE nach seiner Vorstellung typischerweise in eine Unternehmensgruppe eingebunden ist. Vielmehr erreicht der Verordnungsgeber nur dann eine europaweit möglichst

²⁸⁵ So in Italien, Spanien und ggf. demnächst Polen, vgl. *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59 f.; *Veil*, in: Jannott/Frodermann/SE-Handbuch, Kap. 11 Rn. 3.

²⁸⁶ So beispielsweise in Dänemark, Finnland, Schweden, Frankreich, den Niederlanden und im Vereinigte Königreich, vgl. *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59, 62 ff.; *Veil*, in: Jannott/Frodermann/SE-Handbuch, Kap. 11 Rn. 3; zu diesem neuerlichen Regelungsansatz beim Unionsgesetzgeber *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 288.

²⁸⁷ Allgemein *Liebscher*, MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 30 ff., 48 f.

²⁸⁸ So mit teilweise anderer Begründung auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 69 f., 77, 79 f., 109 ff., 284 f.; ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 61 f.; im Ergebnis wohl gegen die Annahme konzernrechtlicher Regelungen durch die SPE-VO *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59.

²⁸⁹ Überblickartig *Altmeyden*, in: Spindler/Stilz/AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 19 ff. m. w. N.; *Veil*, WM 2003, 2169 ff.

²⁹⁰ Allgemein z. B. *Altmeyden*, MüKo-AktG, Einl. Drittes Buch Verbundene Unternehmen Rn. 32 f.; *Teichmann*, AG 2013, 184, 189; für einen neuen Anlauf aber *Lehne*, Vortrag, S. 7.

²⁹¹ Zu deren Erforderlichkeit vgl. z. B. *Chiappetta*, Positionspapier, S. 4 f.; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 685 ff.; *Teichmann*, AG 2013, 184 ff.; a. A. *Knapp*, Positionspapier, S. 1 ff.

²⁹² Vgl. unter vorstehend a).

²⁹³ So aber die deutsche Literatur zur SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 22, 25, 76; vgl. auch *ders.*, in: Jannott/Frodermann/SE-Handbuch, Kap. 11 Rn. 3; *Wagner NZG* 2002, 985, 988; wie hier im Hinblick auf die SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 15 ff.

einheitliche und damit funktionstüchtige Rechtsform, wenn er auch konzernrechtliche Regelungen trifft.²⁹⁴ Damit stellt das SPE-Konzernrecht einen wesentlichen Baustein dar, um den vom Verordnungsgeber intendierten *effet utile* zu verwirklichen.²⁹⁵ Indem die Einbindung in Unternehmensgruppen ein genuines Charakteristikum der SPE ist, möchte der Verordnungsgeber also das Recht des SPE-Konzerns durch die SPE-VO geregelt wissen.²⁹⁶ Folglich ist davon auszugehen, dass ein unionsweit einheitliches SPE-Konzernrecht vom Willen des Verordnungsgebers getragen ist, wenn es sich weitestgehend auf Grundlage des SPE-VOE-HU verwirklichen lässt und damit politisch konsensfähig ist. Dazu passt auch, dass der Verordnungsgeber mit seinen jüngsten insolvenzrechtlichen Regelungen für *Unternehmensgruppen* gesellschaftsrechtlichen Regelungsentscheidungen ausdrücklich nicht vorgreifen möchte.²⁹⁷ Wie der SPE-VOE-HU zeigt, setzt der Verordnungsgeber auf punktuelle Regelungen anstelle eines umfassenden Konzernsonderrechts.²⁹⁸

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass der Verordnungsgeber mit dem SPE-VOE-HU ein unionsweit weitestgehend einheitliches SPE-Konzernrecht anstrebt. Systematisch-teleologische Erwägungen sprechen für eine konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU. Das SPE-Konzernrecht gehört als Teil des SPE-Gesellschaftsrechts zum Regelungsbereich der SPE-VO.²⁹⁹ Die weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU könnte dieses Ergebnis untermauern indem sie ergeben könnte, dass mit der Organisations- und Kapitalverfassung sowie dem Gesellschafter- und Gläubigerschutz für den Konzern grundlegende Themen in den Regelungsbereich der SPE-VO fallen.³⁰⁰

d) Delikts- und Insolvenzstatut

Bei der Abgrenzung des Regelungsbereichs der SPE-VO sind Materien jenseits des Gesellschaftsstatuts wie z. B. das Delikts- und Insolvenzstatut wie gezeigt³⁰¹ ebenfalls europäisch-autonom zu qualifizieren. Prägendes Merkmal des Deliktsrechts als Bestandteil des allgemeinen Verkehrsrechts ist, dass es unterschiedslos für jeden gilt: Unabhängig davon, ob er Gesellschafter oder Organmitglied ist oder eine andere bestimmte gesellschaftsrechtli-

²⁹⁴ Allgemein *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 898; *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 10; in Bezug auf die SE-VO *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 69.

²⁹⁵ In diese Richtung auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 74 (mit Fn. 452); in Bezug auf die SE *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 551 f.

²⁹⁶ Ähnlich für die SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 2, 9, 17, 23; zu diesem Charakteristikum ebenso *Schmidt*, in: Aktuelles GmbH-Recht, S. 8, 34.

²⁹⁷ Vgl. Erwägung 7 (S. 14), Art. 2 litt. i, j Eulns-VOE.

²⁹⁸ Ähnlich *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 216; vgl. auch *Boucourechliev*, S.a.r.l. européenne, S. 144 ff., 221 ff.; *Hommelhoff/Helms*, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, NRn. 214 f. (S. 162), 224 (S. 178); im Anschluss daran mit verkürzter Argumentation ebenso *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 64 f.; ebenso *Helms*, EPG, S. 151 f.; mit der aktualisierten Fassung des SPE-VOE-CREDA *Teichmann*, ECL 2006, 279 ff.; zu konzernspezifischem europäischen Recht jenseits des Gesellschaftsrechts vgl. insbesondere die Konzernabschlussrichtlinie, die Betriebsräterichtlinie oder die Mutter-Tochter-Richtlinie.

²⁹⁹ Ebenso für die SE *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 109 f.; zur SPE allgemein *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 112; dagegen zuletzt für Gruppenrichtlinie zusätzlich zur SPE-VO bzw. SMC-Richtlinie *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 299.

³⁰⁰ Vgl. Kapitel 5, Kapitel 6, Kapitel 8; ähnlich für die SE *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 31, 36 f.; *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 1, 15 ff.; *Schwarz*, SE-VO, Einl. Rn. 174 ff.; *Schröder*, in: Manz/Mayer/ders./SE-Kommentar, Art. 9 Rn. 26; *Kindler*, in: MüKo-BGB, IntGesR Rn. 82; *Lächler/Oplustil*, NZG 2005, 381, 385 f.; *Wagner*, NZG 2002, 985, 988; a. A. *Verse*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, § 49 SEAG Rn. 5; vgl. auch *Habersack*, ZGR 2003, 724, 740 f.

³⁰¹ Vgl. unter vorstehend b).

che Rolle innehat.³⁰² Deliktsrecht findet auf die Gesellschaften des SPE-Konzerns nicht über die Verweisungsnormen im SPE-VOE-HU, sondern nach allgemeinen Grundsätzen Anwendung.³⁰³ In grenzüberschreitenden Sachverhalten ist an den Verwaltungssitz der Tochter-SPE als Erfolgsort anzuknüpfen,³⁰⁴ sodass es im sitzaufgespaltenen SPE-Konzern angesichts der Satzungssitzanknüpfung gesellschaftsrechtlicher Fragen zu Friktionen kommen kann.

Fraglich ist allerdings, was zum Insolvenzstatut gehört. Nach Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU unterliegen Auflösung, Liquidation, Insolvenz, vorläufige Zahlungseinstellung oder ähnliche Verfahren dem Satzungssitzstaatenrecht sowie der EulnsVO. Sofern die Norm gesellschaftsrechtliche Fragen wie die ordentliche Auflösung und anschließende Liquidation betrifft, könnte sie – was noch näher zu untersuchen sein wird – als Sachnormverweis auf das Sitzstaatenrecht der SPE zu verstehen sein.³⁰⁵ Sofern die Norm dagegen die Insolvenz und andere Materien außerhalb des Regelungsbereichs der SPE-VO betrifft,³⁰⁶ hat sie lediglich klarstellenden Charakter und möchte sich keine eigene Regelung anmaßen.³⁰⁷ Ohne Geltung irgendeiner Verweisungsnorm im SPE-VOE-HU gilt nach allgemeinen Grundsätzen in grenzüberschreitenden Sachverhalten die EulnsVO, während in reinen Binnensachverhalten – das ist in Art. 31 Abs. 2 SPE-VOE-HU unzureichend wiedergegeben – unmittelbar das nationale Recht des Satzungs- und Verwaltungssitzstaates zur Anwendung gelangt.

Das Internationale Insolvenzrecht knüpft an den Interessenmittelpunkt (*COMI*) der Gesellschaft im Sinne von Art. 3 Abs. 1 S. 1 EulnsVO an.³⁰⁸ Der Interessenmittelpunkt entspricht dem Verwaltungssitz der Gesellschaft und ist nur dann mit dem Satzungssitz gleichzusetzen, wenn sich der Verwaltungssitz im Wege der gebotenen Amtsermittlung nicht bestimmen lässt.³⁰⁹ Das gilt auch im transnationalen Konzern. Eine *mind of management*-Theorie und andere Versuche, das Insolvenzrecht konzerneinheitlich am Sitz der Konzernobergesellschaft anzu-

³⁰² Zum Kollisionsrecht z. B. Kienle, in: Süß/Wachter/Hb d. Int. GmbH-Rechts, § 3 Rn. 52.

³⁰³ So auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 59 ff.

³⁰⁴ Vgl. Artt. 4 Abs. 1, 23 Rom-II-VO; Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 123 ff.; zum Vergleich zwischen Rom-II-VO und dem EG BGB allgemein Junker, in: MüKo-BGB, VO (EG) 864/2007 Art. 23 Rn. 10, Art. 40 Rn. 1 ff., 19 ff., 59; Servatius, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 29; Weller, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 391; Kindler, in: MüKo-BGB, Intern. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 625; Wagner, in: MüKo-BGB, Vorbem. Unerl. Handlungen Rn. 86.

³⁰⁵ Zum Verständnis der Verweisnormen als Sachnormverweise vgl. Kapitel 4 E. III.

³⁰⁶ Vgl. Erwägung 6 (S. 8).

³⁰⁷ Ebenso für die SE Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 1, 16, 34; Schröder, in: Manz/Mayer/ders., SE-Kommentar, Art. 63 SE-VO Rn. 1, 7; Nölting, in: Theisen/Wenz/SE, S. 524 ff., S. 627 f.; Kiem, in: KK-AktG, Art. 63 SE-VO Rn. 8 ff., 49; abweichend im Hinblick auf die Rolle der EulnsVO Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 5; ähnlich für die SPE vgl. auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 272, 274 (mit Fn. 807), 289 ff.; a. A. zu Art. 63 SE-VO Bachmann, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 63 SE-VO Rn. 1, 3, 63, 66, 68 – Gesamtnormverweis; C. Schäfer, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 63 SE-VO Rn. 1 – Sachnormverweis; ebenso Schmidt, Societas Europaea, S. 71 f., 455 (mit Fn. 1964), 458 (mit Fn. 1981); zu Art. 40 SPE-VOE-K prinzipiell auch Freudenberg, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 178 ff.; unklar bzgl. Art. 40 Abs. 3 SPE-VOE-K Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 290, 395;

³⁰⁸ Zu den aktuellen Reformbestrebungen Reuß, EuZW 2013, 165, 167 f.

³⁰⁹ Allgemein Weller, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 391; Gottwald/Kolmann, in: Gottwald/Insolvenzrechts-Handbuch, § 130 Rn. 14 ff., 77 ff., § 132 Rn. 1 ff.; Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Insolvenzrecht, Art. 3 EulnsVO Rn. 14 ff., Art. 4 EulnsVO Rn. 1 ff.; Vallender, in: Schmidt/Uhlenbruck/GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 12.15 f., 12.22; ders., ZGR 2006, 425, 429, 431; Leible, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 169; Gross/Schork, NZI 2006, 10, 13; zum Insolvenzrecht der SPE Meller, Gläubigerschutz, S. 283 ff.; Pfennig, Gläubigerschutz, S. 154 ff.; Hommelhoff/Freudenberg, in: FS Wellensiek, S. 461 ff.; Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 120 ff., 132 ff., 176 ff., 189 ff.; Had-ding/Kießling, WM 2009, 145, 153 f.; Greulich, Der Konzern 2009, 229, 234; Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 290.

knüpfen, werden überwiegend abgelehnt.³¹⁰ Aus denselben Gründen ist auch davon auszugehen, dass der auf die Einzelgesellschaft bezogene Vorschlag, durch eine Änderung der Vermutungsregelung Gesellschafts- und Insolvenzstatut einheitlich am Satzungssitz anzuknüpfen,³¹¹ nicht umgesetzt werden wird. Damit stellt die Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht im transnationalen SPE-Konzern eine breite Flanke dar und mindert die Effizienz selbst bei Sitzkoppelung enorm.³¹² Da Harmonisierung nicht Vereinheitlichung bedeutet, wird das auch nach Etablierung eines harmonisierten Insolvenzrechts³¹³ der Fall bleiben.

Die SPE-Konzerngesellschaften sind jedenfalls nach Art. 10 Abs. 2 und 3 SPE-VOE-HU rechtsfähig und damit auch nach § 11 Abs. 1 und 3 InsO oder der entsprechenden Normen anderer nationaler Rechte insolvenzfähig.³¹⁴ Was in Abgrenzung zum Personalstatut dem Insolvenzrecht zuzuschlagen ist, bestimmt sich bei der SPE als supranationaler Rechtsform wie gezeigt³¹⁵ ebenfalls nach europäisch-autonomen Grundsätzen. Folglich kommt es auch in reinen Binnensachverhalten³¹⁶ darauf an, was der Ordnungsgeber nach Art. 4 EuInsVO zum Regelungsbereich der EuInsVO und damit zum Insolvenzrecht zählt.³¹⁷ Demnach ist entscheidend, ob eine Norm verfahrensrechtliche oder materiellrechtliche Folgen des Insolvenzverfahrens regelt oder anderweitig unmittelbar der Haftungsrealisierung als insolvenzrechtlichem Hauptzweck zu dienen bestimmt ist.³¹⁸ Ebenso wie der Anwendungsbereich des Gesellschaftsrechts nicht im Zweifel weit auszulegen ist,³¹⁹ ist derjenige des Insolvenzrechts nicht im Zweifel eng³²⁰ oder weit³²¹ auszulegen.³²² Bei dem Bestreben, für die SPE als supranationale Rechtsform ein in sich möglichst schlüssiges und kohärentes System zu finden, ist allerdings zu berücksichtigen, dass Qualifikationen als

³¹⁰ In insolvenzrechtlicher Hinsicht *Kirchhof/Lwowski/Stürner*, in: MüKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 12 ff.; *Albrecht*, ZInsO 2013, 1623, 1626; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 115 ff.; relativierend *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 170; in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht *Leible*, in: Michalski/GmbHG, System. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 73.

³¹¹ *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467, 469 ff., 480 ff.; dagegen allerdings auch die jüngsten Vorhaben der *Kommission*, vgl. dazu *Reuß*, EuZW 2013, 165, 167 f.

³¹² Allgemein *Vallender*, ZGR 2006, 425, 451; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 43; *Vanmeenen/Van Hoe*, IILR 2011, 468, 474 f.; vgl. auch die Untersuchungsergebnisse von *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 206 ff.

³¹³ Vgl. EuIns-VOE; *Kommission*, EuIns-Konsultation 2012.

³¹⁴ Ebenso für die SE *Schröder*, in: Manzt/Mayer/ders., SE-Kommentar, Art. 63 SE-VO Rn. 32; *Nolting*, in: Theisen/Wenz/SE, S. 636; allgemein *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 29; allgemein zur Rechtsfähigkeit *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 108; für Auslandsgesellschaften *Vallender*, ZGR 2006, 425, 431 f.; *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 398 f.

³¹⁵ Vgl. unter vorstehend b).

³¹⁶ Allgemein *Reinhart*, in: MüKo-InsO, Art. 1 EuInsVO Rn. 13; *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 397.

³¹⁷ Allgemein *Nolting*, in: Theisen/Wenz/SE, S. 630; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 173; *Müller*, NZG 2003, 414, 415; *Mankowski*, NZI 2010, 1004; *Lüer*, in: Uhlenbruck/InsO, Vorbem. EuInsVO Rn. 12, Art. 4 EuInsVO Rn. 12; *Reinhart*, in: MüKo-InsO, Art. 1 EuInsVO Rn. 2 f.; *Eidenmüller*, RabelsZ 2006, 474, 483; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 147 ff.; *Spetzler*, KTS 2010, 433, 442 f.; *Binder*, ZVglRWiss 112 (2013), 23, 33 f., 36; *Piepenbrock*, NZI 2012, 905, 911.

³¹⁸ Allgemein *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 398; *Lüer*, in: Uhlenbruck/InsO, Art. 4 EuInsVO Rn. 12; *Vallender*, ZGR 2006, 425, 441; *Zahrte*, ZInsO 2009, 223; *Eidenmüller*, RabelsZ 2006, 474, 483 ff.; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 167; vgl. auch Erwägung 7 (S. 14), Art. 2 litt. i, j EuIns-VOE.

³¹⁹ Vgl. unter vorstehend c).

³²⁰ So aber *Hirte/Mock*, ZIP 2005, 474, 476; *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 107 ff.

³²¹ So aber *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 147.

³²² Im Ergebnis ähnlich *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 198.

insolvenzrechtlich die unionsweite bzw. konzernindividuelle Einheitlichkeit der SPE stark gefährden und damit den *effet utile* der SPE-VO³²³ torpedieren.³²⁴

e) Konzernstatut?

Fraglich ist, ob es neben dem Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzstatut noch ein besonderes Konzernstatut gibt.³²⁵ Wie gezeigt zählt der Unionsgesetzgeber das Konzernrecht zwar zum Gesellschaftsrecht.³²⁶ Allerdings lösen die mitgliedstaatlichen Rechte konzernrelevante Fragen nicht unbedingt mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln. Vielmehr bedienen sie sich häufig eines Sammelsuriums aus gesellschafts-, delikts- bzw. insolvenzrechtlichen Normen und Rechtsprechungsgrundsätzen.³²⁷ Es besteht zwar die Tendenz, Institute wie die *Rozenblum-Doktrin*³²⁸ und das *wrongful trading*³²⁹ als gesellschaftsrechtlich einzustufen.³³⁰ Umgekehrt führt die Angst vor den sogenannten Scheinauslandsgesellschaften z. B. in Deutschland dazu, konzernrelevante Fragen vermehrt bewusst über nichtgesellschaftsrechtliche Institute zu lösen.³³¹ Dies betrifft das Recht kleiner Kapitalgesellschaften tendentiell stärker als dasjenige großer Kapitalgesellschaften.³³²

Sofern das Recht des Satzungssitzstaates einen konzernrelevanten Aspekt über gesellschaftsrechtlich qualifizierte Normen und Rechtsinstitute löst, kommt dieses Recht über Art. 4 Abs. 2 oder 3 SPE-VOE-HU oder andere Verweisnormen im SPE-Konzern zur Anwendung. Insofern wird die unions- und konzernweite Einheitlichkeit im SPE-Konzern gewahrt. Löst das Recht des Satzungssitzstaates eine konzernrelevante Frage dagegen mithilfe nichtgesellschaftsrechtlicher Grundsätze, greifen die grundsätzlich nur das Gesellschaftsrecht der SPE betreffenden Verweisnormen³³³ und damit die Satzungssitzanknüpfung nicht. Folglich ginge ein Riss durch das SPE-Konzernrecht: Während bestimmte Punkte durch ihre Anknüpfung an den Satzungssitz einheitlich und einfach behandelt werden könnten, würden andere konzernrechtliche Institute nach komplizierten internationalprivatrechtlichen Grundsätzen davon abweichende Anknüpfungsmomente finden. Je mehr Aspekte die mitgliedstaatlichen Rechte auf nichtgesellschaftsrechtliche Art und Weise lösen, desto größer werden Rechtsunsicherheiten

³²³ Zu diesem grundlegenden Zweck des SPE-VOE-HU vgl. in Kapitel 2 unter B., F. I. 2. b).

³²⁴ Ähnlich wohl *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 198 – Gesellschaftsrecht als *enabling law*.

³²⁵ In diese Richtung *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 60 f. – zum Regelungsbereich gehören Materien mit Bezug zum Gesellschaftsrecht der SPE, die sinnvollerweise nur einheitlich geregelt werden können, sowie eine Vielzahl von Regelungsmaterien, die zusammenfassend als „Konzernrecht“ bezeichnet werden.

³²⁶ Vgl. unter vorstehend c) (2).

³²⁷ Zum deutschen GmbH-Konzernrecht vgl. z. B. *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 317 ff., 395, 469 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 54 ff.; *Verse*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Anh. § 13 GmbHG Rn. 43 ff.; zum englischen Konzernrecht vgl. z. B. *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 39; *Heck-schen*, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 6 Rn. 18 ff.; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 5.3.12, 14.15, 18.6.8.6 (p. 144 et seq., 422 et seq., 587); *Ringer/Otte*, in: Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht, § 4 Rn. 27 ff.

³²⁸ Vgl. *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 220; vgl. auch die Vorschläge der *Reflection Group* und der *EMCA-Gruppe*.

³²⁹ Vgl. *Forum Europaeum Konzernrecht*, vgl. ZGR 1998, 672 ff.; sowie die *EMCA-Gruppe*, vgl. *Conac*, ECFR-Vortrag, slides 27 et seq.; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Sec. 17, Comments.

³³⁰ Vgl. *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 220; *ders.*, ECFR-Vortrag, slides 27 et seq.; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 ff.; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Sec. 17, Comments.

³³¹ Vgl. *BGH, Urteil v. 16. Juli 2007, Az. II ZR 3/04, NJW 2007, 2689 ff.* – *Trihotel*; bestätigt durch *BGH, Beschluss v. 7. Januar 2008, Az. II ZR 314/05, NZG 2008, 187 f.*; MoMiG-RegE Begründung S. 46, 133, 137 f.

³³² Vgl. *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 676 ff.; *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59 ff.; *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 190 ff.; *Druey*, DJT-Gutachten 1992, S. H 20 ff.

³³³ Ebenso zu Art. 9 SE-VO z. B. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18.

und -zersplitterungen. Es besteht mithin die akute Gefahr, dass die Effizienz im SPE-Konzern empfindlich gemindert wird.

Es kommt also in Betracht, die angestrebte unionsweite Einheitlichkeit des SPE-Konzerns durch die Schaffung eines Konzernstatuts herzustellen. Dann würde das Konzernrecht des Satzungssitzstaates ganzheitlich zur Anwendung kommen und das Konzernrecht des Verwaltungssitzstaates ausschließen.³³⁴ Dazu könnten bestimmte als konzernrelevant eingestufte nationale Normen und Rechtsinstitute entweder ausnahmsweise als gesellschaftsrechtlich umqualifiziert werden³³⁵ oder im Sinne eines statutenübergreifenden Herkunftslandsprinzips³³⁶ einheitlich am Satzungssitz angeknüpft werden.³³⁷ Gleich für welche Methodik man sich entscheidet wäre es allerdings schwierig abzugrenzen, welche Normen und Rechtsinstitute nur, vorwiegend oder zumindest auch auf Konzerne oder vielleicht doch eher auf unverbundene Gesellschaften zugeschnitten sind. Aufgrund der verbleibenden Rechtsunsicherheiten bliebe die gewünschte unionsweit einheitliche und einfache Handhabung im SPE-Konzern aus. Außerdem ist angesichts der zähen Verhandlungen um das SPE-Statut nicht davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber die Hoheit der Mitgliedstaaten so stark beschneiden wollte, wie es mit der Annahme eines Konzernstatuts verbunden wäre. Folglich ist es im Ergebnis abzulehnen, konzernrechtliche Probleme im SPE-Konzern über die Konstruktion eines Konzernstatuts lösen zu wollen.

2. Vollständig und nur teilweise geregelte Bereiche

Konzernrechtliche Aspekte könnten auch nach von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU in den Regelungsbereich der SPE-VO fallen, indem man sie als *vollständig durch die SPE-VO geregelt* oder bloß *teilweise durch die SPE-VO geregelt* ansieht.

Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU verweist für „*Bereiche, die nicht oder nur teilweise durch diese Verordnung geregelt werden*“, ³³⁸ in das nationale Recht. Aus dem Begriff „*durch*“ folgt, dass der Regelungsbereich nicht notwendigerweise durch explizite Nennungen im Verordnungstext selbst abgesteckt sein muss.³³⁹ Unionsrecht gilt unabhängig davon, ob das Konzernrecht vollständig oder nur teilweise durch die SPE-VO geregelt ist. Für diejenigen Bereiche, die die SPE-VO *nicht nur teilweise* – also vollständig – regelt, folgt das aus einem Umkehrschluss aus

³³⁴ In diese Richtung in Bezug auf Schutzrechtsaspekte *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 16, 89.

³³⁵ In diese Richtung bei Auslandseinzelgesellschaften *Eidenmüller*, RabelsZ 70 (2006), 474, 481 f.; neutral *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 218, 220; mit derartigen Vorschlägen im Zusammenhang mit Normenmängeln *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 31, 85 f.; *Eidenmüller*, in: ders./Ausl. Kapitalgesellschaften, § 3 Rn. 71 f.

³³⁶ Zu Parallelen zwischen der Reichweite des herkömmlichen Herkunftslandsprinzips und des Gesellschaftsstatuts *Eidenmüller*, in: ders./Ausländische Kapitalgesellschaften, § 3 Rn. 1.

³³⁷ Zur sog. Überlagerungstheorie zuletzt allgemein *Sandrock*, in: ders./Wetzler/Gesellschaftsrecht im Wettbewerb, S. 33, 41 ff., 52, 63 f., 96 ff.; ähnlich *Behrens/Hoffmann*, in: Ulmer/GmbHG, Einl. B (Int. GesR) Rn. 53; *Bittmann/Gruber* GmbHR 2008, 867, 869 ff.; *Forsthoff*, in: *Hirte/Bücker/Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn 36 f., 40 ff., 44; *Fleischer*, in: *Lutter/Europäische Auslandsgesellschaften*, S. 49, 111 f.; *Just* ZIP 2006, 1248, 1253; *Osterloh-Konrad* ZHR 172 (2008), 274, 299 f.; *Schanze/Jüttner* AG 2003, 661, 665 ff.; *Spindler/Berner* RIW 2004, 7, 9 f.; *Meilicke*, GmbHR 2007, 225, 231 f.; *Schall* ZIP 2005, 965, 974; kritisch *Kindler*, in: MüKo-BGB, Internat. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 358, 397 ff., 438 m. w. N.; ablehnend auch *BGH*, Urt. v. 5. Februar 2007, Az. II ZR 84/05, NJW 2007, 1529 – Rechtsscheinhaftung wegen weggelassenen Rechtsformzusatzes.

³³⁸ Englisch: „In the case of *matters* that are not, or are only partly, *regulated* by this Regulation, and if these matters are not *listed* in Article 8 or Annex I“; französisch: „Lorsque des *matières* ne sont pas *régies* par le présent règlement ou ne le sont que partiellement, et qu'elles ne *figurent* pas à l'article 8 ou à l'annexe I“.

³³⁹ Ähnlich *Jung*, GesRZ 2012, 153, 154, 160, 162; wohl auch *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 197.

Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU.³⁴⁰ Gleiches gilt für die *nur teilweise* durch die SPE-VO geregelten Bereiche.³⁴¹ Der insofern missverständliche Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU ist zu lesen als „*in Bezug auf die nicht durch diese Verordnung geregelten Bereiche oder, sofern ein Bereich nur teilweise geregelt ist, in Bezug auf die nicht von dieser Verordnung erfassten Aspekte*“.³⁴² Im Laufe des Verordnungsgebungsverfahrens haben einige Mitgliedstaaten diese Formulierung sogar für Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE vorgeschlagen,³⁴³ der beim Nichtgebrauch von Regelungsaufträgen nationales Recht zur Anwendung beruft. Aus der Nichtumsetzung darf allenfalls geschlossen werden, dass die Formulierungen in Art. 4 Abs. 2 und 3 SPE-VOE einheitlich bleiben sollten. Mit Blick auf die Regelungsstruktur des SPE-VOE-HU und den *effet utile*³⁴⁴ verbietet sich der Schluss, die Nichtumsetzung spreche für eine nationale Herrschaft über sämtliche durch die SPE-VO *nur teilweise* geregelten Bereiche. Dass der Verordnungsgeber unionsweit weitestgehend einheitliche SPE-Konzerne anstrebt,³⁴⁵ spricht dafür, dass er konzernrechtliche Aspekte *vollständig durch die SPE-VO geregelt* wissen möchte. Damit fiel das Konzernrecht gemäß Art. 4 Abs. 2 Alt. 1 SPE-VOE-HU in den Regelungsbereich der SPE-VO. Zum gleichen Ergebnis würde man gelangen, wenn man das Konzernrecht im Sinne der Norm als bloß *teilweise durch die SPE-VO geregelt* ansieht.

3. Dem Satzungsgeber zugewiesene Bereiche

Zum Regelungsbereich des SPE-VOE-HU zählen diejenigen Bereiche, für die der Verordnungsgeber im SPE-VOE-HU selbst inhaltliche Regelungen getroffen hat. Zum Regelungsbereich könnten aber auch solche Bereiche gehören, bei denen sich der Verordnungsgeber durch die Erteilung von Regelungsaufträgen damit begnügt, die Regelungskompetenz an den Satzungsgeber zu delegieren. Der Verordnungsgeber nutzt die Regelungsaufträge in Alternative zur inhaltlichen Eigenregelung als gesetzgeberisches Instrument, um eine unionsweit möglichst einheitliche Behandlung der SPE trotz relativ schlanker SPE-VO zu erreichen.³⁴⁶ Die auf den Regelungsaufträgen beruhenden Satzungsregelungen leiten sich von den Kompetenzzuweisungen des Verordnungsgebers ab. Damit macht es keinen Unterschied, ob ein Sachverhalt *durch* oder *aufgrund* der SPE-VO geregelt ist. In jedem Fall gehört er zum Regelungsbereich der SPE-VO.³⁴⁷

³⁴⁰ Allgemein Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 899 ff. (S. 519 ff.); zur SPE vgl. auch Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 137 f.; Jung, Kapitalverfassung, S. 60 f., 82.

³⁴¹ Ebenso Jung, GesRZ 2012, 153, 156, 159; a. A. Teichmann, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 92 et seq.; unklar Rammeloo, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 111.

³⁴² Englisch: „*in the case of matters that are not regulated by this Regulation or, where matters are partly regulated by it, of those aspects not covered by it*“; französisch: „*pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par*“; in diesem Sinne deutlich Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO; im Ergebnis auch Teichmann, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 51; wohl ebenso bzgl. Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU Jung, Kapitalverfassung, S. 127; a. A. bzgl. Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-SE Schubel, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 91.

³⁴³ Vgl. Fn. 16 zu Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-CZ.

³⁴⁴ Vgl. Kapitel 2 H.

³⁴⁵ Vgl. Kapitel 2 H.

³⁴⁶ Im Ergebnis ähnlich Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 118 mit Fn. 524; allgemein Hommelhoff/Helms, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, S. 184 f.; Salomon, Regelungsaufträge, S. 51 ff.; Hommelhoff, in: ZGR-Sonderheft 1998, 36, 58.

³⁴⁷ So im Ergebnis wohl auch Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 174; Culmann, SPE in der Krise, S. 122; Nachtwey, Bilanzrecht, S. 256, 259; Kneisel, SPE im Konzern, S. 62 (mit Fn. 373); Bachmann, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 224; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 58.

Dementsprechend könnte der Regelungsbereich der SPE-VO ein SPE-Konzernrecht beinhalten, weil diverse an den Satzungsgeber gerichtete Regelungsaufträge konzernrechtliche Relevanz haben könnten.³⁴⁸ So kommt beispielsweise in Betracht, mithilfe der Regelungsaufträge Weisungsrechte zu installieren und die SPE-Konzerntöchter auf ein Konzerninteresse auszurichten. Ob dies der Fall ist, wird an späterer Stelle untersucht.³⁴⁹

II. Stellung der SPE-VO in der Rechtsquellenpyramide

Die SPE-VO könnte die in der Normenhierarchie höchstrangige Rechtsgrundlage für die SPE sein. Im Verhältnis zur SPE-Satzung ergibt sich das unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1 SPE-VOE-HU, wonach „*eine SPE [...] a) dieser Verordnung und b) ihrer Satzung [unterliegt]*“. Die Norm ist nicht als bloße Aufzählung, sondern als Regelung eines Rangverhältnisses zu verstehen.³⁵⁰ In ihrem Regelungsbereich geht die SPE-VO der SPE-Satzung vor. Denn indem sie bestimmte Regelungskompetenzen an den Satzungsgeber delegiert,³⁵¹ leiten sich dessen Gestaltungen von denjenigen des Verordnungsgebers ab und müssen sich daran messen lassen.³⁵²

Im Verhältnis zum nationalen Recht ergibt sich der Vorrang der SPE-VO zunächst aus Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU, der nationales Recht für solche Bereiche zur Anwendung beruft, „*die nicht oder nur teilweise durch diese Verordnung geregelt*“ werden. Sofern es sich bei dem nationalen Recht um im Auftrag des Verordnungsgebers erlassene SPE-Ausführungsgesetze handelt,³⁵³ leiten sich die Gestaltungen der nationalen Gesetzgeber wie diejenigen des Satzungsgebers von denjenigen des Verordnungsgebers ab und müssen sich daran messen lassen.³⁵⁴ Soweit es sich bei dem nationalen Recht um allgemeines nationales Recht handelt, genießt die SPE-VO nach allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen Anwendungsvorrang.³⁵⁵ Folglich ist die SPE-VO die in der Normenhierarchie höchstrangige Rechtsgrundlage für die SPE.³⁵⁶

III. Zwischenfazit: SPE-VO

Die SPE-VO ist die in der Normenhierarchie höchstrangige Rechtsgrundlage für die SPE. Zu ihrem Regelungsbereich zählen diejenigen Bereiche, für die der Verordnungsgeber im SPE-VOE-HU selbst inhaltliche Regelungen bzw. für die er Satzungsregelungsaufträge geschaffen hat.

Die Positiv- und Negativabgrenzungen im SPE-VOE-HU sprechen dafür, dass die SPE-VO grundsätzlich das gesam-

³⁴⁸ So wohl auch *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 106, 127

³⁴⁹ Vgl. Kapitel 5 und Kapitel 6.

³⁵⁰ Ebenso in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 SPE-VOE-K *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 256 f.; für Art. 4 Abs. 1 SPE-VOE-HU *Lut-ter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 20; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 98 f.; ebenso in Bezug auf Art. 9 SE-VO z. B. *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 2; a. A. auf Basis des SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 72.

³⁵¹ Vgl. unter vorstehend I. 3.

³⁵² Ebenso *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 72; zur SE-VO *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 48.

³⁵³ Vgl. hierzu unter vorstehend II. sowie detailliert Kapitel 4 A.

³⁵⁴ Im Ergebnis ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 84.

³⁵⁵ Allgemein *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 1 AEUV Rn. 19 ff.; *Müller-Graff*, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. A. I. Rn. 64; *Stettner*, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. A. IV. Rn. 25 ff.

³⁵⁶ So auch *Teichmann*, in: ECFR-Special, pp. 71, 81; *Neville*, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 208; *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 286; *Jung*, GesRZ 2012, 153, 154, 157, vgl. aber 158; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 271; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 51.

te *Gesellschaftsrecht*³⁵⁷ der SPE umfasst. Was zum Gesellschaftsrecht der SPE und zu den außerhalb des Regelungsbereichs der SPE-VO beheimateten Materien gehört, ist europäisch-autonom unter hilfsweisem Rückgriff auf kollisionsrechtliche Grundsätze im Wege der Qualifikation zu entscheiden.

Danach lässt sich das Gesellschaftsrecht der SPE als das Recht begreifen, nach dem die Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis „*entsteht, lebt und vergeht*“. Obwohl der SPE-VOE-HU zahlreiche Anleihen bei der Kapitalrichtlinie nimmt, ist sein Regelungsbereich also sehr viel weiter als derjenige der Kapitalrichtlinie, der sich auf Gründungs- und Kapitalfragen beschränkt. Sofern unionsrechtliche Regelungen fehlen, kommt über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU und die übrigen Verweisnormen das Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates zur Anwendung. Die Verweisnormen beziehen sich auf den Regelungsbereich der SPE-VO und damit auf das Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten. Indem der Verordnungsgeber grundsätzlich das gesamte Gesellschaftsrecht der SPE regeln wollte und einen unionsweit weitestgehend einheitlichen SPE-Konzern anstrebt, fällt das SPE-Konzernrecht als Teil des SPE-Gesellschaftsrechts gemäß Art. 4 Abs. 2 Alt. 1 SPE-VOE-HU ebenfalls in den Regelungsbereich der SPE-VO. Entsprechend der organisations- und schutzrechtlichen Dimension des Konzernrechts ist als Konzernrecht grundsätzlich der Gesamtbestand all derjenigen Regelungen zu verstehen, die der *Konzernermöglichung* und dem Schutz vor den spezifischen *Konzerngefahren* für Gesellschafter und Gläubiger zu dienen bestimmt sind.

Deliktsrecht findet auf die Gesellschaften des SPE-Konzerns nicht über die Verweisungsnormen im SPE-VOE-HU, sondern nach allgemeinen Grundsätzen Anwendung. In grenzüberschreitenden Sachverhalten ist an den Verwaltungssitz der Tochter-SPE als Erfolgsort anzuknüpfen, sodass es im sitzaufgespaltenen SPE-Konzern angesichts der Satzungssitzanknüpfung gesellschaftsrechtlicher Fragen zu Friktionen kommen kann. Insolvenzrecht gilt für die Gesellschaften des SPE-Konzerns ebenfalls nicht über irgendeine Verweisungsnorm im SPE-VOE-HU, sondern über die EuInsVO bzw. internationalprivatrechtliche Grundsätze. Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU hat insofern lediglich klarstellenden Charakter. Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO knüpft an den Interessenmittelpunkt (*COMI*) der Gesellschaft und damit grundsätzlich an deren Verwaltungssitz an. Damit stellt auch die Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht im transnationalen SPE-Konzern eine breite Flanke dar und kann die Effizienz enorm mindern. Was in Abgrenzung zum Personalstatut dem Insolvenzrecht zuzuschlagen ist, bestimmt sich nach Art. 4 EuInsVO zum Regelungsbereich der EuInsVO. Demnach ist entscheidend, ob eine Norm verfahrensrechtliche oder materiellrechtliche Folgen des Insolvenzverfahrens regelt oder anderweitig unmittelbar der Haftungsrealisierung als insolvenzrechtlichem Hauptzweck zu dienen bestimmt ist. Rechtsfragen sind dann dem Personalstatut der SPE zuzuschlagen, wenn dies der unionsweiten bzw. konzernindividuellen Einheitlichkeit besonders zuträglich ist.

Die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern wird akut dadurch gefährdet, dass die mitgliedstaatlichen Rechte konzernrelevante Fragen häufig mithilfe eines Sammelsuriums aus gesellschafts-, delikts- bzw. insolvenzrechtlichen Normen und Rechtsprechungsgrundsätzen lösen. Gleichwohl ist es abzulehnen, konzernrechtliche Probleme im SPE-Konzern über die Konstruktion eines Konzernstatuts zu lösen.

³⁵⁷ *Company law* bzw. *droit des sociétés*.

B. Satzung

Wenngleich sie rechtssystematisch hinter den Regelungen der SPE-VO zurücksteht, könnte der Satzung in der Rechtsanwendungspraxis der SPE *die* zentrale Rolle zukommen.

I. Mögliche Arten von Satzungsregelungen

1. Wahlrechte des Satzungsgebers

An einigen Stellen des SPE-VOE-HU regelt der Ordnungsgeber einen Punkt und erlaubt dem Satzungsgeber gleichzeitig, durch Satzungsregelung von der Ordnungsregelung abzuweichen.³⁵⁸ Diese Ordnungsregelungen sind als *Wahlrechte* zu bezeichnen³⁵⁹ und als dispositives Ordnungsrecht anzusehen.³⁶⁰ Im Konzern sind die Wahlrechte von hoher praktischer Relevanz. Denn sie betreffen z. B. die Kompetenzverteilung, Ausschüttungen und Minderheitenrechte.³⁶¹

2. Regelungsaufträge an den Satzungsgeber

Noch größere Bedeutung kommt bei der SPE aber den Regelungsaufträgen des Ordnungsgebers an den Satzungsgeber zu. Durch dieses gesetzgeberische Instrument möchte der Ordnungsgeber erreichen, dass die SPE-VO relativ schlank bleibt, die Unternehmen aber trotzdem unionsweit möglichst einheitliche SPEs nutzen können. Denn durch Nutzung der Regelungsaufträge soll es dem Satzungsgeber möglich sein, das nationale Recht weitestgehend auszuschließen.³⁶² Damit sind die Regelungsaufträge ein wesentliches Mittel zur Verwirklichung des *effet utile* der SPE-VO.³⁶³

Art. 8 Abs. 1 SPE-VOE-HU listet 13 *obligatorische*, also zwingende Regelungsaufträge auf.³⁶⁴ Im Konzern sind z. B.

³⁵⁸ Wahlrechte, die (ggf.) in den Anwendungsbereich von Regelungsaufträgen fallen: Art. 20 Abs. 1 S. 5, Art. 21 Abs. 3, Art. 23 Abs. 2 S. 1, Art. 28 Abs. 2, Art. 30 Abs. 1 und 2, Art. 27 Abs. 1c S. 2, Art. 28 Abs. 1 lit. i; Wahlrechte, die nicht auch in den Anwendungsbereich von Regelungsaufträgen fallen: Art. 21 Abs. 1 S. 1, Art. 21 Abs. 2, Art. 34 Abs. 2 S. 2, Art. 34 Abs. 3; Erwägungsgrund 6 (S. 8); jeweils SPE-VOE-HU.

³⁵⁹ Allgemeine Ansicht, vgl. z. B. *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 568.

³⁶⁰ Ähnlich *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 344; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 77, 131; a. A. auf Basis des SPE-VOE-SE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 192; wohl auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 70 f.; auf Basis des SPE-VOE-K *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153; grundsätzlich a. A. auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 116.

³⁶¹ Vgl. Art. 27 Abs. 1c S. 2, Art. 21 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und Abs. 3, Art. 28 Abs. 2, Art. 30 Abs. 1 und 2; jeweils SPE-VOE-HU.

³⁶² Vgl. z. B. *Chiu*, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 58; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 82 et seq., 89 et seq.; *Wicke*, ECFR-Special 2013, S. 183, 185; *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 374; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 837, 839.

³⁶³ Aus rechtsökonomischer Sicht *Eidenmüller*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 4, 21 f.; *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 224; vgl. hierzu ausführlich Kapitel 2 H. II.

³⁶⁴ So auch auf Basis des SPE-VOE-HU *Teichmann*, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 51; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 107; *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 568; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 837, 837, 840; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 73; auf Basis des SPE-VOE-SE *Oplustil*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 63, 73; *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 88; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 93; *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 374; *Jung*, BB 2010, 1233, 1234; *Martens*, Managementstrukturen, S. 17; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 70 f.; zum SPE-VOE-CZ *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 7; zum SPE-VOE-K *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 290; *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 68; *Chiu*, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 58; zum SPE-VOE-CREDA 1997 *Hommelhoff/Helms*, in: Boucourechliev/ Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, S. 184 f.; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006,

diejenigen zu Sitz, Unternehmensgegenstand sowie Rechten und Pflichten der Gesellschafter von Belang.³⁶⁵ Der obligatorische Charakter der Regelungsaufträge ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift.³⁶⁶ Hierbei werden einige Regelungsaufträge in jedem Fall erteilt und andere nur für den Fall, dass die erwähnte Sachverhaltsvariante bei der konkreten Gesellschaft vorliegt.³⁶⁷ Beispielsweise haben alle SPEs eine Firma und einen Sitz, aber nur manche SPEs einen Abschlussprüfer.

Demgegenüber besteht Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I aus einem Katalog von 23 *fakultativen* Regelungsaufträgen, also bloßen Regelungsangeboten bzw. -anreizen.³⁶⁸ Im Konzern relevant sind z. B. diejenigen zu Zwischendividenden, zusätzlichen Beschlusskompetenzen und *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen*.³⁶⁹ Die fakultative Natur dieser Regelungsaufträge ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 SPE-VOE-HU i. V. m. dem Einleitungssatz der VOE-HU-Anhang I.³⁷⁰ Zusätzlich kann der fakultative Charakter daraus geschlossen werden, dass der Verordnungsgeber die Unternehmen vor einem zu großen Regelungsaufwand bewahren wollte. Dazu hat der Verordnungsgeber im SPE-VOE-CZ die ursprünglich 44 obligatorischen Regelungsaufträge gekürzt und einen Großteil von ihnen in fakultative Regelungsaufträge umdeklariert. Indem sich einige der fakultativen Regelungsaufträge mit den Satzungswahlrechten überschneiden,³⁷¹ bieten sie dem Satzungsgeber zweierlei Anreiz: Er kann nicht nur das nationale Recht aussperren, sondern auch Abweichungen von der SPE-VO vorsehen.³⁷²

3. Sonstige Satzungsregelungen

Es kommt in Betracht, dass der Satzungsgeber neben den Klauseln zum Gebrauchmachen von Wahlrechten und Regelungsaufträgen noch weitere Regelungen als sogenannte *Sonstige Satzungsregelungen* treffen darf. Nach

279 ff.; a. A. auf Basis des SPE-VOE-K *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 – These 12; *Pläster*, Treuepflicht, S. 41; im Ergebnis ebenso *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 13; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 112 f., 115 (mit Fn. 617); in dieselbe Richtung *Martens*, Managementstrukturen, S. 17 f.

³⁶⁵ Art. 8 Abs. 1 litt. a, b und ea SPE-VOE-HU.

³⁶⁶ „verfügt“ bzw. „couvrent“, am deutlichsten die englische Fassung „shall have“.

³⁶⁷ Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. e, eb, h, i und j SPE-VOE-HU: „gegebenenfalls“ bzw. „soweit vorhanden“, „if any“ bzw. „where applicable“, „le cas échéant“.

³⁶⁸ So auch auf Basis des SPE-VOE-HU *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 93; *ders.*, in: Hommelhoff/Schubel/*ders.*/SPE, S. 39, 51; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 837, 839 f.; *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 568; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 107; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 73 f.; auf Basis des SPE-VOE-SE *Oplustil*, in: Hommelhoff/Schubel/*Teichmann*/SPE, S. 63, 73; *Schubel*, in: Hommelhoff/*ders.*/Teichmann/SPE, S. 83, 88 f.; *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 374; *Jung*, BB 2010, 1233, 1234; *Martens*, Managementstrukturen, S. 17 f., 59; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 70 f.; auf Basis des SPE-VOE-K *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 – These 12; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 13; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 112 f., 115 (mit Fn. 617).

³⁶⁹ VOE-HU-Anhang I NRn. 6, 10 und 19; auf Basis des SPE-VOE-HU möglicherweise a. A. *Neville*, ECFR-Special 2013, pp. 193, 208.

³⁷⁰ „zumindest“ und „zusätzlich [...] kann“, „at least“ und „in addition [...] may“ sowie „au moins“ / „en sus [...] peuvent“.

³⁷¹ Art. 20 Abs. 1 S. 5 (vgl. Regelungsauftrag Nr. 5); Art. 21 Abs. 3 (vgl. Regelungsauftrag Nr. 6); Art. 23 Abs. 2 S. 1 (vgl. Regelungsauftrag Nr. 7); Art. 28 Abs. 2 (vgl. Regelungsauftrag Nr. 10); zweifelhafte Fälle: Art. 30 Abs. 1 und 2 (ggf. erfasst von Regelungsaufträgen Nr. 22 und 23); Art. 27 Abs. 1c S. 2 (ggf. erfasst von Regelungsauftrag Nr. 10); Art. 28 Abs. 1 lit. i (ggf. erfasst von Regelungsauftrag Nr. 17); jeweils SPE-VOE-HU; *Jung*, GesRZ 2012, 153, 155; *dies.*, Kapitalverfassung, S. 78 f., 132 f.

³⁷² Vgl. aber *Martens*, Managementstrukturen, S. 17 f. – Abweichungen möglich, und S. 68 – Regelungsauftrag als versteckter Verweis auf das nationale Recht.

Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU können „*unbeschadet dieser Verordnung und des maßgebenden einzelstaatlichen Rechts [...] in der Satzung auch weitere Bereiche geregelt werden*“. Der Wortlaut der Norm spricht also dafür, dass *Sonstige Satzungsregelungen* zulässig sind.³⁷³ Den Befund unterstreicht die systematische Stellung der Norm hinter Art. 8 Abs. 1a S. 1 und 2 SPE-VOE-HU, die sich mit den Regelungsaufträgen beschäftigen. Hinzu kommen diejenigen Stellen des SPE-VOE-HU, wo der Verordnungsgeber Regelungsmöglichkeiten des Satzungsgebers erwähnt, ohne gleichzeitig selbst eine Auffangregelung vorzusehen.³⁷⁴ Diese Normen nennen keine *versteckten Wahlrechte*, sondern Beispiele für *Sonstige Satzungsregelungen*. Folglich darf der Satzungsgeber *Sonstige Satzungsregelungen* als Regelungen jenseits von Regelungsaufträgen und Wahlrechten treffen.

II. Anwendbares Recht

Das auf die SPE-Satzung anwendbare Recht könnte davon abhängen, welcher Typ von Satzungsregelungen betroffen ist. Nach dem jeweils anwendbaren Recht richten sich auch die Wirksamkeit von Satzungsregelungen einerseits und die Folgen von Rechtsverstößen andererseits. Damit beeinflusst das anwendbare Recht den Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers. In Betracht kommt des weiteren, die Auslegung von Satzungsbestimmungen und die Schließung von Satzungslücken von dem jeweils anwendbaren Recht abhängig zu machen.

Macht der Satzungsgeber von *fakultativen* Regelungsaufträgen Gebrauch, gilt nach Art. 8 Abs. 1a S. 2 i. V. m. einem Umkehrschluss³⁷⁵ aus Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU Unionsrecht unter Aussperrung des jeweiligen nationalen Rechts.³⁷⁶ Damit wird der Zweck der SPE-VO verwirklicht, mithilfe von Satzungsregelungen eine unionsweit möglichst einheitliche Gesellschaft zu ermöglichen.³⁷⁷ Nutzt der Satzungsgeber *obligatorische* Regelungsaufträge, könnte dasselbe wie im Bereich fakultativer Regelungsaufträge gelten. Das folgt möglicherweise aus einem Analogie- bzw. Erst-Recht-Schluss aus Artt. 8 Abs. 1a S. 2, 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU. Die Interessenlage ist in beiden Fällen vergleichbar. Dass der Verordnungsgeber den Fall obligatorischer Regelungsaufträge planwidrig nicht geregelt hat, erschließt sich in historischer Auslegung des SPE-VOE-HU. Bereits seit dem SPE-VOE-K soll das gesetzgeberische Instrument der Regelungsaufträge dazu dienen, die SPE einheitlich nach Unionsrecht unter Aussperrung der disparaten nationalen Rechte zu behandeln. Das zeigt auch die spätestens im SPE-VOE-FR getroffene Grundsatzentscheidung des Verordnungsgebers, bei Defiziten in der Umsetzung von Regelungsaufträgen nationales Recht eingreifen zu lassen.³⁷⁸ Bis einschließlich zum SPE-VOE-CZ waren die Regelungsaufträge allerdings

³⁷³ „*auch weitere*“, „*also [...] other*“ und „*également [...] d’autres*“; ebenso unter Hinweis auf Art. 8 Abs. 1a SPE-VOE-HU *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 568; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 79 f.; unter Hinweis auf Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-SE, wohl S. 3 meined *dies.*, BB 2010, 1233, 1234; so auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 69; unter Hinweis auf Art. 8 Abs. 1 SPE-VOE-K und den Einleitungssatz von VOE-K-Anhang I *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 113.

³⁷⁴ Art. 21 Abs. 1 S. 1; Art. 21 Abs. 2; jeweils SPE-VOE-HU.

³⁷⁵ Allgemein *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 897 ff. (S. 519 ff.).

³⁷⁶ So auch unter Verweis auf Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 27; wohl ebenso unter Berufung auf Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-SE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 205; Im Ergebnis ebenso bei der SE *Casper*, in: *Spindler/Stilz/AktG*, Art. 9 SE-VO Rn. 9 und *C. Schäfer*, in: *MüKo-AktG*, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 22.

³⁷⁷ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 6 (S. 8); zu Regelungsaufträgen als gesetzgeberischem Gestaltungsinstrument bei der SPE *Hommelhoff/Helms*, in: *Boucoucheliav/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG*, S. 184 f.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 51 ff.; allgemein *Hommelhoff*, in: *ZGR-Sonderheft 1998*, 36, 58; vgl. auch Kapitel 2 E. und H. II.

³⁷⁸ Vgl. SPE-VOE-FR Erwägung 6 (S. 2), SPE-VOE-CZ Erwägung 6 (S. 2), SPE-VOE-SE Erwägung 6 (S. 4); a. A. *Helms*, in: *FS Hommelhoff*, S. 369, 373 – Grundsatzentscheidung erst im SPE-VOE-SE; zur vorhergehenden Intention vgl. SPE-VOE-K Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags – Kapitel I) S. 6 f., Erwägung 6 (S. 13); *Peters/Wüllrich*, NZG 2008, 807; *Culmann*,

nicht unterteilt, sondern einheitlich als obligatorische Regelungsaufträge in VOE-Anhang I aufgelistet.³⁷⁹ Erst im SPE-VOE-SE wurde der Katalog zur Erleichterung für die Unternehmen entschlackt und in fakultative Regelungsaufträge umdeklariert. Unabdingbare Materien behielten allerdings ihren Charakter als obligatorische Regelungsaufträge und wurden zur besseren Abgrenzung von SPE-VOE-Anhang I in den Verordnungstext selbst überführt. In diesem Moment entstand eine Regelungslücke für die Umsetzung von obligatorischen Regelungsaufträgen. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Verordnungsgeber von seiner vormals getroffenen Grundsatzentscheidung Abstand nehmen wollte. Folglich ergibt ein Analogie- bzw. Erst-Recht-Schluss aus Artt. 8 Abs. 1a S. 2, 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU, dass bei Nutzung *obligatorischer* Regelungsaufträge Unionsrecht unter Aussperrung des jeweiligen nationalen Rechts gilt.³⁸⁰

Wenn schon Satzungsregelungen zur Umsetzung von Regelungsaufträgen dem Unionsrecht unterfallen, muss dies erst recht³⁸¹ für Satzungsregelungen zum Gebrauchmachen von Wahlrechten der Fall sein.³⁸² Im Konzern relevante Wahlrechte sind beispielsweise diejenigen zu Ausschüttungssperren und Zwischendividenden, zu Mehrheitserfordernissen sowie zu Einberufungs- und Antragsrechten.³⁸³

*Sonstige Satzungsregelungen*³⁸⁴ unterfallen dagegen nach Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU dem jeweiligen nationalen Recht.³⁸⁵ Das ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss³⁸⁶ zu Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 und aus Erwägung 6 SPE-VOE-HU.³⁸⁷ Die Verweisungsnorm in Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU ist nicht einschlägig. Denn die Behandlung *Sonstiger Satzungsregelungen* ist ein mit Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU als durch die SPE-VO „*geregelt*“ anzusehen. Demgegenüber sind mit den Bereichen, die in Art. 8 oder Anhang I „*genannt*“ sind, diejenigen Materien gemeint, die durch Regelungsaufträge abgedeckt und der Regelung durch den Satzungsgeber überlassen sind. Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU ist also einschränkend auszulegen und zu lesen als „*Bereiche, die nicht in Artikel 8 Abs. 1 oder Anhang I genannt sind*“.³⁸⁸

Folglich hängt das auf die SPE-Satzung anwendbare Recht davon ab, welcher Typ von Satzungsregelungen betroffen ist.³⁸⁹

SPE in der Krise, S. 107; DAV, Stellungnahme, Punkt 43, S. 16; Salomon, Regelungsaufträge, S. 88 ff.; Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2008, 897, 898 – These 14; DIHK, Stellungnahme, S. 2, 4.

³⁷⁹ So auch auf Basis des SPE-VOE-CZ Ehrliche, KSzW 2010, 6, 7; auf Basis des SPE-VOE-K Bückner, ZHR 173 (2009), 281, 290; auf Basis der CREDA-Entwürfe Hommelhoff/Helms, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, S. 184 f.; mit der aktualisierten Fassung Teichmann, ECL 2006, 279 ff.; a. A. auf Basis des SPE-VOE-K Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2008, 897, 898 – These 12; Kneisel, SPE im Konzern, S. 112 f., 115 (mit Fn. 617).

³⁸⁰ Allgemein Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 899 ff. (S. 519 ff.).

³⁸¹ Allgemein Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 899 ff. (S. 519 ff.).

³⁸² Unter Hinweis auf SPE-VOE-HU Erwägung 6 Jung, GesRZ 2012, 153, 158.

³⁸³ Artt. 21 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3, 28 Abs. 2, 30 Abs. 1 und 2 SPE-VOE-HU.

³⁸⁴ Zur Zulässigkeit Sonstiger Satzungsregelungen vgl. I. 3.

³⁸⁵ So auch Schubel, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 88; Jung, Kapitalverfassung, S. 81; a. A. Martens, Managementstrukturen, S. 18, 24, 99 f., 116, 147, 226, 235; wohl nur auf den ersten Blick abweichend Teichmann, in: ECFR-Special, pp. 71, 95; Hommelhoff/ders., GmbHR 2010, 337, 345.

³⁸⁶ Allgemein Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 899 ff. (S. 519 ff.).

³⁸⁷ So auf Basis des SPE-VOE-SE wohl auch Jung, BB 2010, 1233, 1234 (mit Fn. 17), 1235; Wicke, GmbHR 2011, 566, 568.

³⁸⁸ Im Ergebnis ebenso Teichmann, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 93.

³⁸⁹ Wohl a. A. Rammeloo, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 112 et seq.

III. Gestaltungsspielraum

1. Auslegungsbedürftigkeit des SPE-VOE-HU

Ob und inwiefern sich die SPE als Baustein transnationaler Konzerne eignet, hängt wesentlich vom Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers ab. Eine Auslegung des SPE-VOE-HU könnte ergeben, dass der Verordnungsgeber einen *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* vorgibt.

Der SPE-VOE-HU äußert sich zum Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers nicht ausdrücklich. Damit ist auf erste Sicht nicht klar, ob die SPE eine eher gestaltungs offene Gesellschaftsform ist oder sich als eher satzungstrengere Gesellschaftsform und „*kleine SE*“ entpuppt.³⁹⁰ In gestaltungsfreien Gesellschaften können die Gesellschafter in der Satzung grundsätzlich alles auch abweichend vom bzw. ergänzend zum allgemein geltenden Recht regeln, es sei denn, das allgemein geltende Recht ist ausnahmsweise zwingend ausgestaltet. Das kann insbesondere der Fall sein, um Gläubiger sowie Individual- und Minderheitsinteressen von Gesellschaftern zu schützen, aber auch, um das Funktionieren der Gesellschaft in einem Mindestrahmen sicherzustellen.³⁹¹ Herrscht dagegen ein Grundsatz der Satzungsstrenge, sind die Gesellschafter üblicherweise v. a. aus Gründen des Gläubigerschutzes, der Verkehrsfähigkeit der Anteile bzw. des Anlegerschutzes grundsätzlich an das allgemein geltende Recht gebunden. Abweichungen und Ergänzungen sind nur ausnahmsweise zulässig.³⁹²

Art. 8 Abs. 1a S. 1 und 3 SPE-VOE-HU sind uneindeutig,³⁹³ indem sie dem Satzungsgeber zugestehen, „*unbeschadet*“³⁹⁴ vorrangiger Normen Regelungen zu treffen. *Unbeschadet* meint gemeinhin *vorbehaltlich* oder *soweit nichts anderes bestimmt ist*.³⁹⁵ Damit kann die Verordnungsregelung sowohl gestaltungsöffnend als *vorbehaltlich einer zwingenden Vorschrift*³⁹⁶ als auch satzungstreng als *vorbehaltlich einer Regelungserlaubnis* gelesen werden. Auch Art. 4 Abs. 1 SPE-VOE-HU und die übrigen Vorschriften zum Rangverhältnis von Normen treffen keine klare Aussage über die Qualität, die die Vorbehalte zugunsten des jeweiligen höherrangigen Rechts haben. Systematisch-teleologische Argumente sprechen allerdings dafür, dass der SPE-VOE-HU einem *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* folgt.³⁹⁷ Mithin ergibt eine Auslegung des SPE-VOE-HU, dass der Verordnungsgeber einen *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* vorgibt.

³⁹⁰ Zweifelnd auch *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 – These 6.

³⁹¹ Für die GmbH vgl. z. B. *Wicke*, in: MüKo-GmbHG, § 3 Rn. 148 ff.; *ders.*, GmbHG, § 3 Rn. 1; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 3 Rn. 4; *Hommelhoff*, in: ZGR-Sonderheft 1998, 36, 39 f.; *Wiedemann*, in: ZGR-Sonderheft 1998, 5, 9; für die Limited vgl. z. B. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, Ch. 3.3.3 (p. 77), 3.4.2 (p. 80) and 3.6 (p. 93 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 4-20 et seq.

³⁹² Für die SE vgl. z. B. *Oechseler*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Einleitung Rn. 13; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 26; *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 38 Organe der SE Rn. 1; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 5; *Hommelhoff*, in: FS Ulmer, 267, 272; für die AG vgl. z. B. *Limmer*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 23 Rn. 28 ff.; *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 23 Rn. 1, 34 ff.; *Pentz*, in: MüKo-AktG, § 23 Rn. 152 ff.; rechtsvergleichend vgl. *Hopt*, in: ZGR-Sonderheft 1998, 123, 126, 128; rechtsformübergreifend *Wiedemann*, in: ZGR-Sonderheft 1998, 5, 8.

³⁹³ A. A. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 27.

³⁹⁴ Bzw. „*without prejudice to*“ und „*sans préjudice du*“.

³⁹⁵ Allgemein von *Borgandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, Art. 18 AEUV Rn. 55 ff. – unter Hinweis auf *EuGH*, RS. 8/77, Slg. 1977, 1495 – *Sagulo*; in Bezug auf die SPE-VO-Entwürfe vgl. auch *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 75 f.

³⁹⁶ Dafür *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 27.

³⁹⁷ Unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 30, 35, 64, 93, 104, 112 f., 145, 153, 281, 283; vgl. auch allgemein *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, Einleitung Rn. 271.

2. Satzungsregelungen zur Umsetzung von Regelungsaufträgen

Fraglich ist zunächst, wie es um den Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers im Bereich der Regelungsaufträge bestellt ist.

a) Umfang des Gestaltungsspielraums

Der Verordnungsgeber nutzt die Regelungsaufträge als gesetzgeberisches Mittel, um unionsweit möglichst einheitliche SPE trotz relativ schlanker SPE-VO zu erreichen.³⁹⁸ Demensprechend ist das durch die Regelungsaufträge abgesteckte Spielfeld des Satzungsgebers sehr groß. Es geht grundsätzlich nicht um Abweichungen von den Regelungen der SPE-VO, sondern darum, dass *überhaupt* und *in Ergänzung* zur SPE-VO Regelungen getroffen werden.³⁹⁹ Abweichungen von der SPE-VO stehen nur dort in Rede, wo sich die Bereiche von Regelungsaufträgen mit denjenigen von Wahlrechten überschneiden.

b) Unterschiedlicher Ermessensspielraum des Satzungsgebers

Fraglich ist, welchen Entscheidungsspielraum der Satzungsgeber auf dem Spielfeld der Regelungsaufträge hat. Im Bereich der fakultativen Regelungsaufträge steht es nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1a S. 1 und 2 und Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU⁴⁰⁰ sogar im Belieben des Satzungsgebers, *ob* er überhaupt von einem Regelungsauftrag Gebrauch macht.⁴⁰¹

Bei fakultativen wie obligatorischen Regelungsaufträgen könnte der Satzungsgeber entscheiden dürfen, *wie* er von den Regelungsaufträgen Gebrauch macht. Bei den fakultativen Regelungsaufträgen kann das *a maiore ad minus*⁴⁰² aus den erwähnten Regelungen geschlossen werden. Darüber hinaus und allgemein auch bei den obligatorischen Regelungsaufträgen könnte sich der Gestaltungsspielraum außerdem aus einer systematisch-teleologischen Auslegung des SPE-VOE-HU ergeben. Dafür spricht, dass der Verordnungsgeber dem Satzungsgeber so viel Gestaltungsspielraum und Entscheidungsfreiheit wie möglich gewähren möchte, um eine unionsweit einheitliche SPE zu erreichen.⁴⁰³ Zwar dürfte ein beredtes Schweigen des Satzungsgebers allenfalls dann erlaubt sein, wenn eine von einem durch Wendungen wie „*gegebenenfalls*“ bzw. „*soweit vorhanden*“ relativierenden

³⁹⁸ Vgl. unter vorstehend I. 3. sowie Kapitel 2 E.

³⁹⁹ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 2 und 3 (S. 7), 6 (S. 8); skeptisch z. B. *BNotK*, Stellungnahme, S. 4; *DNotV*, Stellungnahme, S. 16 ff.; *Bormann/König*, RIW 2010, S. 111, 113; Stellungnahme des *Bundesrates* zum SPE-VOE-K, BR-DrS. 479/08 (Beschluss) vom 10. Oktober 2008, S. 4 f.; *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 334, 344; zum Regelungsauftrag als gesetzgeberischem Instrument bei der SPE *Hommelhoff/Helms*, in: Boucourechliev/ Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, S. 184 f.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 51 ff.; allgemein *Hommelhoff*, in: ZGR-Sonderheft 1998, 36, 58.

⁴⁰⁰ Deutlich die englischsprachige Fassung mit „*provisions concerning matters in Annex I*“, „*in the extent to which*“ und „*where*“; aufgrund der bestimmten Artikel teilweise missverständlich dagegen die deutsch- und französischsprachige Fassung mit „*Regelung der in Anhang I genannten Punkte*“, „*insoweit*“ und „*sofern*“ sowie „*les matières énumérées à l'annexe I*“, „*dans la mesure où*“ und „*lorsqu'elles [des tels matières]*“; zum Gewicht der englischsprachigen Fassung vgl. Kapitel 2 F. I. 2. a).

⁴⁰¹ Wohl a. A. auf Basis des SPE-VOE-SE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 190 f., 199, 204.

⁴⁰² Allgemein *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 208 f.; *Schmidt*, JuS 2003, 649, 652; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 897 ff. (S. 519 ff.).

⁴⁰³ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 3 (S. 7), 6 (S. 8), 9 (S. 11) und 13 (S. 12); *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269; kritisch dagegen *BNotK*, Stellungnahme, S. 4; *DNotV*, Stellungnahme, S. 16 ff.; *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 113; Stellungnahme des *Bundesrates* zum SPE-VOE-K, BR-DrS. 479/08 (Beschluss) vom 10. Oktober 2008, S. 4; *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 334, 344.

obligatorischen Regelungsauftrag⁴⁰⁴ betroffene Sachverhaltsvariante nicht vorliegt. Das ergibt ein Vergleich der Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 mit Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU, der sich mit eigenen Regelungen des Verordnungsgebers befasst.⁴⁰⁵ Jenseits des beredten Schweigens sind allerdings Satzungsregelungen in vielerlei Ausprägung möglich. In Betracht kommt insbesondere, dass Gesellschafter einen Punkt in der Satzung positiv regeln. Erforderlich erscheint das bei solchen obligatorischen Regelungsaufträgen, die eine Regelung ohne Relativierungen wie „gegebenenfalls“ bzw. „soweit vorhanden“⁴⁰⁶ verlangen. Jenseits dieser Regelungsaufträge darf der Satzungsgeber auch Negativregelungen⁴⁰⁷ treffen, geht man von der Zulässigkeit von Rechtswahl- und salvatorischen Klauseln aus.⁴⁰⁸ Statische und dynamische Verweise in das betreffende nationale Recht haben den Charakter von Rechtswahlklauseln und sind damit unter besagter Prämisse ebenfalls zulässig.⁴⁰⁹ Mithin ergibt eine systematisch-teleologische Auslegung des SPE-VOE-HU, dass der Satzungsgeber sowohl bei den fakultativen als auch bei den obligatorischen Regelungsaufträgen entscheiden kann, wie er von den Regelungsaufträgen Gebrauch macht.⁴¹⁰

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass der Satzungsgeber auf dem Spielfeld der Regelungsaufträge einen weitreichenden Entscheidungsspielraum hat.⁴¹¹

c) Grenzen des Gestaltungsspielraums

Fraglich ist aber, ob und welche Grenzen der Satzungsgeber bei der Ausschöpfung seines grundsätzlichen Ermessensspielraums beachten muss.

Es kommt in Betracht, die Grenzen des Ermessensspielraums entweder generell oder aber in Bezug auf den jeweils in Rede stehenden „Bereich“ bzw. „Punkt“⁴¹² zu bestimmen. Hierbei ist zu beachten, dass der Verordnungsgeber dem Satzungsgeber die Gestaltungsfreiheit erst mittels der Regelungsaufträge – ggf. in Verbindung mit Wahlrechten – gewährt. Mithin erscheint es als zu weitgehend, das Spielfeld „gießkannenartig“ in jedem Falle weit auszulegen.⁴¹³ Angemessener erscheint, die SPE-VO europäisch-autonom in Bezug auf den jeweils in

⁴⁰⁴ „If any“ bzw. „where applicable“, „le cas échéant“.

⁴⁰⁵ Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 im Vergleich zu Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU: „in der Satzung der SPE geregelt“, „durch die Satzung geregelt“ und „durch diese Verordnung geregelt“, „included in the articles of association of the SPE“ und „regulated by this Regulation“, „incluses dans les statuts“, „figurent dans les statuts“ und „régies par le présent règlement“.

⁴⁰⁶ „If any“ bzw. „where applicable“, „le cas échéant“.

⁴⁰⁷ Wie z. B. „Zu Punkt xy werden keine Regelungen getroffen.“ oder „Punkt xy ist nicht anwendbar.“.

⁴⁰⁸ Auf Basis des SPE-VOE-K im Ergebnis auch Peters/Wüllrich, NZG 2008, 807, 808; ebenso für die Staatenwahlrechte Freudenberger, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 117, 120, 138; zu Rechtswahl- und salvatorischen Klauseln vgl. Kapitel 4 G.

⁴⁰⁹ Ähnlich Tzakas, ZeuP 2011, 756, 762 f.; im Ergebnis auch Flaig, Die Satzung der SPE, S. 8 f.; a. A. für dynamische Verweisklauseln Salomon, Regelungsaufträge, S. 80 f.

⁴¹⁰ SPE-VOE-K, Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags – Kapitel I) S. 6 unter 2.; ebenso Teichmann, RIW 2010, 120, 123; Münch/Franz, BB 2010, 2707, 2712; Ehricke, KSzW 2010, 6, 7; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 898.

⁴¹¹ SPE-VOE-K, Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags – Kapitel I) S. 6 unter 2.; ebenso Teichmann, RIW 2010, 120, 123; Münch/Franz, BB 2010, 2707, 2712; Ehricke, KSzW 2010, 6, 7; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 898; im Ergebnis auch Jung, BB 2010, 1233, 1234.

⁴¹² Bzw. „matter“ bzw. „matière“, vgl. SPE-VOE-HU Erwägungsgrund 6 (S. 8), Art. 4 Abs. 2 und 3, 8 Abs. 1a SPE-VOE-HU sowie den Einleitungssatz von VOE-HU-Anhang I; vgl. Jung, Kapitalverfassung, S. 114 f., 118.

⁴¹³ A. A. Flaig, Die Satzung der SPE, S. 47 (mit Fn. 212); allgemein Bleckmann/Pieper, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. B. I. Rn. 56 ff.

Rede stehenden „Bereich“ bzw. „Punkt“⁴¹⁴ auszulegen und zu prüfen, inwiefern Gestaltungsspielraum gewährt ist.⁴¹⁵

Prüft man den bei einem bestimmten „Bereich“ bzw. „Punkt“ bestehenden Gestaltungsspielraum, könnte der Gestaltungsspielraum erstens durch das Unionsrecht und zweitens durch das nationale Recht als Schiedsrichter begrenzt sein. In Bezug auf das Unionsrecht könnte sich das aus Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU ergeben. Die Vorschrift stellt einen Vorbehalt zugunsten der SPE-VO auf, indem er auf dem Spielfeld der fakultativen und erst recht auch der obligatorischen Regelungsaufträge Satzungsregelungen „*unbeschadet*“ der SPE-VO⁴¹⁶ erlaubt. Auf dieser Grundlage greift die SPE-VO punktuell als Schiedsrichter zugunsten solcher Schutzgüter ein, die im Einzelfall höher zu bewerten sind als das Schutzgut der gesellschaftlicherlichen Gestaltungsfreiheit.⁴¹⁷ Hierzu zählen Gläubigerinteressen, Individual- und Minderheitsinteressen von Gesellschaftern und das allgemeine Interesse an einem minimalen Funktionieren der Rechtsform.

Das nationale Recht könnte als zweiter Schiedsrichter hinzutreten. Das nationale Recht greift nur dann ein, wenn es durch Spezialverweisungen und gebrauchte Staatenwahlrechte als Regelung der SPE-VO gilt.⁴¹⁸ Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU können Satzungsregelungen fakultative Regelungsaufträge „*unbeschadet*“ der SPE-VO umsetzen. Hieraus ergibt sich, dass sich die Satzungsregelungen ausschließlich am Unionsrecht und nicht am nationalen Recht messen lassen müssen – auch dann nicht, wenn das nationale Recht als zwingend ausgestaltet ist.⁴¹⁹ Mithin ist das nationale Recht mit Ausnahme von Spezialverweisungen und gebrauchten Staatenwahlrechten kein zweiter Schiedsrichter.

Prüft man den bei einem bestimmten „Bereich“ bzw. „Punkt“ bestehenden Gestaltungsspielraum, wird der Ermessensspielraum des Satzungsgebers also allein durch die SPE-VOE-HU und das mittels Spezialverweisen und Staatenwahlrechten zum Unionsrecht zählende⁴²⁰ nationale Recht begrenzt.

d) Typenvergleich mit anderen Gesellschaftsformen

Für einen Grundsatz der Gestaltungsfreiheit könnte zudem ein Typenvergleich⁴²¹ mit anderen Gesellschaftsfor-

⁴¹⁴ Bzw. „*matter*“ bzw. „*matière*“, vgl. SPE-VOE-HU Erwägungsgrund 6 (S. 8), Art. 4 Abs. 2 und 3, 8 Abs. 1a SPE-VOE-HU sowie den Einleitungssatz von VOE-HU-Anhang I.

⁴¹⁵ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-HU *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 568; für SE bzw. AG im Ergebnis ebenso, aber jeweils unter der Prämisse der Satzungsstrenge *Maul*, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 19; *Pentz*, in: MüKo-AktG, § 23 Rn. 153 f.; ähnlich bei der SPE *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 5.

⁴¹⁶ „*Unbeschadet dieser Richtlinie*“ ist als „*unbeschadet dieser Verordnung*“ zu lesen; deutlicher die englische und französische Fassung mit „*without prejudice to this Regulation*“ und „*sans préjudice du présent règlement*“.

⁴¹⁷ Ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 75; zu ausdrücklichen Beschränkungen im SPE-VOE-K *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 72 f.

⁴¹⁸ Vgl. z. B. Art. 8 Abs. 1 lit. a i. V. m. Artt. 6 Abs. 0, 7 Abs. 1 SPE-VOE-HU, Art. 8 Abs. 1 lit. i SPE-VOE-HU, VOE-HU-Anhang I Nr. 4 i. V. m. Art. 20 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU; vgl. auch *Jung*, BB 2010, 1233, 1237.

⁴¹⁹ Ähnlich auf Basis des SPE-VOE-HU *Teichmann*, in: ECFR-Special, pp. 71, 94 et seq.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 20, 27; auf Basis des SPE-VOE-SE *Oplustil*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 63, 73; *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 95; *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 374; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 345; *Teichmann*, RIW 2010, 120, 124; wohl auch *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 88; auf Basis des SPE-VOE-K *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 301; ebenso für die SE *Maul*, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 14; auf Basis des SPE-VOE-K wohl a. A. *DAV*, Stellungnahme, Punkt 17, S. 7.

⁴²⁰ Vgl. unter vorstehend A. II. sowie unter nachfolgend IV.

men sprechen. Die Gestaltungsfreiheit ist ein typisches Merkmal kleiner Kapitalgesellschaften mit geschlossenem Gesellschafterkreis, wie z. B. auch der deutschen GmbH und der englischen Limited.⁴²² Demgegenüber unterliegen große Kapitalgesellschaften wie z. B. die SE und die deutsche AG typischerweise einem Grundsatz der Satzungsstrenge.⁴²³ Indem der Ordnungsgeber die SPE als Pendant zur SE ins Leben rufen möchte,⁴²⁴ zeigt er den Willen zu einer grundsätzlich gestaltungsoffenen Gesellschaftsform. Damit spricht ein Typenvergleich für einen herrschenden Grundsatz der Gestaltungsfreiheit.

e) „Ob“ und „Wie“ der Freiheitsgewährung

Außerdem könnte ein Grundsatz der Satzungsautonomie bei der SPE systematisch aus dem „Ob“ und „Wie“ der Freiheitsgewährung hergeleitet werden. Es könnte argumentiert werden, der Ordnungsgeber müsse dem Satzungsgeber nicht erst Gestaltungsfreiheit zubilligen, wenn er nicht grundsätzlich von einer satzungstrengen Gesellschaft ausgehe.⁴²⁵ Eine solche Sicht würde aber die systematischen Besonderheiten des SPE-VOE-HU vernachlässigen. Aufgrund der supranationalen Natur der SPE ist der Ordnungsgeber gezwungen, ein SPE-eigenes Regime in Abgrenzung zum nationalen Recht zu schaffen. Möchte er eine gestaltungsoffene Gesellschaft ins Leben rufen, muss er sie mit der gewünschten Gestaltungsfreiheit ausstatten. Außerdem gewährt der Ordnungsgeber mit den Regelungsaufträgen einen sehr großflächigen Gestaltungsspielraum. Er beschränkt den Gestaltungsspielraum nur punktuell. Auch die Zulassung von Änderungsgestaltungen gibt es im Bereich der Wahlrechte im Verhältnis zu dem nicht regulierten Bereich nur vereinzelt.

Folglich sprechen das „Ob“ und das „Wie“ der Freiheitsgewährung systematisch für einen Grundsatz der Satzungsautonomie bei der SPE. Die auf Wahlrechte zielende Ordnungsbegründung darf nicht in Richtung eines Grundsatzes der Satzungsstrenge missverstanden werden.⁴²⁶

f) Zwischenfazit: Die SPE ist keine „kleine SE“

Die SPE ist keine „kleine SE“. Wie die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, herrscht im Bereich der Regelungsaufträge ein *Grundsatz der Gestaltungsfreiheit*.⁴²⁷ Aufgrund der systematischen Besonderheiten des SPE-VOE-HU bietet es sich an, von einem *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* zu sprechen.

3. Satzungsregelungen jenseits der Regelungsaufträge

Dieser *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* herrscht möglicherweise auch jenseits der Regelungsauf-

⁴²¹ Nach dem Vorbild einer im Steuerrecht gängigen Methode; dazu z. B. Engert, in: Eidenmüller/Ausl. Kapitalgesellschaften, § 8 Rn. 30 ff., 43, 89.

⁴²² Ähnlich Teichmann, RIW 2010, 120, 123.

⁴²³ Vgl. die Nachweise in Fn. 392.

⁴²⁴ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 2 und 3 (S. 7) sowie 13 (S. 12); vgl. auch Hommelhoff, in: ZGR-Sonderheft 1998, 36, 38 f.

⁴²⁵ So auf Grundlage des SPE-VOE-SE Flaig, Die Satzung der SPE, S. 3.

⁴²⁶ So aber wohl auf Basis des SPE-VOE-K Bückner, ZHR 173 (2009), 281, 288, 289 (mit Fn. 28), 300; Salomon, Regelungsaufträge, S. 69 f.; auf Basis des SPE-VOE-SE Flaig, Die Satzung der SPE, S. 3; wohl auch Wicke, GmbH 2011, 566, 568; auf Basis des SPE-VOE-HU Jung, GesRZ 2012, 153, 158; dies., Kapitalverfassung, S. 101; Isiki, SPE, S. 16; in diese Richtung auch Brügemeier, Funktion von Regelungsaufträgen, S. 9

⁴²⁷ Ähnlich Hommelhoff/Teichmann, GmbH 2008, 897, 898; teilweise auch Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 43 Rn. 27 f.; wohl auch Martens, Managementstrukturen, S. 57.

träge. Nach Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU gilt jenseits der Regelungsaufträge erstens ein Vorbehalt zugunsten des Unionsrechts und zweitens ein Vorbehalt zugunsten des nationalen Rechts, indem Klauseln *unbeschadet* der SPE-VO und des nationalen Rechts⁴²⁸ vereinbart werden dürfen.

a) Vorgaben des Unionsrechts

(1) Satzungsstrenge Elemente

Zunächst könnte der SPE-VOE-HU satzungsstrenge Elemente vorgeben. Erwägung 6 stellt klar, dass Gestaltungen zur *Abweichung* von der SPE-VO nur zulässig sind, wenn und soweit die SPE-VO sie „*ausdrücklich*“ zulässt.⁴²⁹ *Ausdrückliche* Zulassungen erfordern einen Anhaltspunkt im Verordnungstext.⁴³⁰ Jenseits der Regelungsaufträge ist das typischerweise bei solchen Satzungswahlrechten der Fall, die sich nicht mit Regelungsaufträgen überschneiden. Indem die entsprechenden Satzungsregelungen dem Unionsrecht unterliegen, kommt der Vorbehalt in Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU zugunsten des nationalen Rechts bei ihnen nicht zum Tragen.⁴³¹ Indem der Verordnungsgeber also *ausdrückliche* Zulassungen verlangt, verfolgt er einen satzungsstrengen Ansatz.⁴³²

(2) Gestaltungsfreie Elemente

Daneben könnte der SPE-VOE-HU aber auch gestaltungsfreie Elemente beinhalten. Das Unionsrecht lässt Satzungsklauseln zur *Ergänzung* der SPE-VO grundsätzlich zu und verweist für sie im Übrigen in das nationale Recht. Solche Ergänzungsgestaltungen jenseits der Regelungsaufträge sind als *Sonstige Satzungsregelungen* einzustufen. Der Verordnungsgeber könnte einen gestaltungsoffenen Ansatz verfolgen, indem er solche Ergänzungsgestaltungen grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise einschränkt. Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU begnügt sich seinem Wortlaut nach mit einem schlichten Vorbehalt zugunsten des Unionsrechts. Wäre es gewollt gewesen, dass die SPE-VO die Freiheit zum Erlass *Sonstiger Satzungsregelungen* erst noch an anderer Stelle gewähren muss, hätte die Vorschrift anders formuliert werden müssen. Mithin spricht der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU für einen *Grundsatz der Gestaltungsfreiheit*.

Den Befund könnte eine weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU untermauern. Die Wendung „*zumindest*“⁴³³ in Art. 8 Abs. 1 SPE-VOE-HU erlaubt jegliche Satzungsregelungen jenseits obligatorischer Regelungsaufträge.⁴³⁴ Art. 8 Abs. 1 SPE-VOE hat diesen Regelungsgehalt seit dem SPE-VOE-K und behielt ihn auch, als der SPE-VOE-SE fakultative Regelungsaufträge einführte und den Einleitungssatz von VOE-Anhang I an die neue Struktur anpass-

⁴²⁸ „*Unbeschadet dieser Verordnung und des maßgebenden einzelstaatlichen Rechts*“ dürfte als „*unbeschadet dieser Verordnung und des maßgebenden innerstaatlichen Rechts*“ zu lesen sein; deutlicher demgegenüber die englische und französische Fassung mit „*without prejudice to this Regulation and applicable national law*“ und „*sans préjudice du présent règlement et du droit national applicable*“.

⁴²⁹ Bzw. „*explicitly*“ und „*different*“ bzw. „*explicitement*“ und „*différentes*“; SPE-VOE-HU S. 8.

⁴³⁰ Ebenso zur AG Koch, in: Hüffer/AktG, § 23 Rn. 35; Limmer, in: Spindler/Stilz/AktG, § 23 AktG Rn. 29; Pentz, in: MüKo-AktG, § 23 AktG Rn. 152 f.

⁴³¹ Im Ergebnis ebenso auf Basis des SPE-VOE-HU Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 43 Rn. 20; auf Basis des SPE-VOE-SE Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, 337, 345; Teichmann, RIW 2010, 120, 124; für die SE Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 79; C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 22.

⁴³² Relativierend Jung, Kapitalverfassung, S. 77.

⁴³³ Bzw. „*at least*“ und „*au moins*“.

⁴³⁴ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-K Kneisel, SPE im Konzern, S. 113.

te. Auch Erwägung 6 stellt klar, dass Satzungsklauseln jenseits dessen vereinbart werden können, was die SPE-VO und VO-Anhang I vorsehen.⁴³⁵ Folglich stützt eine weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU das Ergebnis, dass jenseits der Regelungsaufträge trotz gewisser satzungstrenger Elemente auch ein *Grundsatz der Gestaltungsfreiheit* herrscht.

(3) Grenzen des Gestaltungsspielraums

Fraglich ist aber, ob und wie das Unionsrecht die grundsätzlich gewährte Satzungsautonomie einschränkt.

Sonstige Satzungsregelungen sind einerseits ausgeschlossen, wenn und soweit der SPE-VOE-HU den betreffenden Punkt bereits abschließend geregelt hat.⁴³⁶ Sie kommen andererseits nicht in Betracht, wenn und soweit sie mit dem SPE-VOE-HU nicht vereinbar sind.⁴³⁷ Der Vorbehalt einer nicht abschließenden Regelung spricht zwar bei nationalen Gesellschaften für einen herrschenden Grundsatz der Satzungsstrenge.⁴³⁸ Bei der SPE ist das allerdings nicht notwendigerweise der Fall. Denn bei supranationalen Gesellschaften sollen abschließende Regelungen typischerweise anderen Zwecken dienen: Erstens einer Einheitlichkeit zum Nutzen der Unternehmen und nicht des Rechtsverkehrs, und zweitens der Abgrenzung des Unionsrechts vom nationalen Recht. Abschließend und *Sonstigen Satzungsregelungen* nicht zugänglich sind die Bereiche von Satzungswahlrechten und Satzungsaufträgen.⁴³⁹ *Sonstige Satzungsregelungen* können die unionsrechtlichen Regelungen also ergänzen, nicht aber abändern.⁴⁴⁰

Mithin ergibt sich ein gestaltungsoffener Ansatz daraus, dass der Verordnungsgeber Ergänzungsgestaltungen grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise einschränkt.⁴⁴¹ In einer Gesamtschau mit denjenigen Stellen, wo Änderungen *ausdrücklich* zugelassen sein müssen, gibt das Unionsrecht also eine Kombination aus satzungstrengen und gestaltungsfreien Elementen vor.

b) Vorgaben des nationalen Rechts

Außerdem könnte das nationale Recht den Gestaltungsspielraum vorgeben bzw. begrenzen. Vorbehaltlich dieser unionsrechtlichen Grundsätze unterwirft Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU *Sonstige Satzungsregelungen* dem nationalen Recht und den dort geltenden Gestaltungsvorbehalten.⁴⁴² Das nationale Recht kann entweder einem

⁴³⁵ SPE-VOE-HU S. 8; deutlich die englischsprachige Fassung: „*a list of matters*“; missverständlich dagegen die deutsch- und französischsprachige Fassung: „*alle Punkte aufgelistet*“, „*la liste des matières*“.

⁴³⁶ Ähnlich Flaig, Die Satzung der SPE, S. 5; Jung, Kapitalverfassung, S. 81; restriktiver bei der SE Casper, in: FS Ulmer, S. 71.

⁴³⁷ Zum SPE-VOE-K Salomon, Regelungsaufträge, S. 72 f.; Kneisel, SPE im Konzern, S. 82 f.; zum SPE-VOE-HU Jung, Kapitalverfassung, S. 81; zur SE-VO C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 26.

⁴³⁸ Vgl. zur AG Limmer, in: Spindler/Stilz/AktG, § 23 Rn. 28 ff.; Koch, in: Hüffer/AktG, § 23 Rn. 1, 34 ff.; Pentz, in: MüKo-AktG, § 23 Rn. 152 ff.

⁴³⁹ Vgl. unter vorstehend II.

⁴⁴⁰ Auf Basis des SPE-VOE-SE wohl auch Flaig, Die Satzung der SPE, S. 3; Wicke, GmbHR 2011, 566, 568; auf Basis des SPE-VOE-K wohl auch Bückner, ZHR 173 (2009), 281, 288, 289 (mit Fn. 28), 300; Salomon, Regelungsaufträge, S. 69 f.; vgl. auch Jung, Kapitalverfassung, S. 106 ff.

⁴⁴¹ Ähnlich auf Basis des SPE-VOE-K Kneisel, SPE im Konzern, S. 82 f.; liberaler auf Basis des SPE-VOE-SE Quinke, GmbHR 2011, Heft 11, R168; allgemein Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 899 ff. (S. 519 ff.).

⁴⁴² Wohl ebenso auf Basis des SPE-VOE-HU Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 43 Rn. 22; Jung, Kapitalverfassung, S. 81, 106 ff., 133 f.; auf Basis des SPE-VOE-SE Schubel, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 88; Wicke, GmbHR 2011, 566, 568; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 69; für die SE C. Schäfer, MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 26;

Grundsatz der Satzungsstrenge oder demjenigen der Satzungsautonomie folgen. Das Unionsrecht trifft keine Vorentscheidung für oder wider eines dieser Regime, sondern stößt mit seiner grundsätzlich gestaltungsoffenen Gesinnung das Tor für beide Regime auf. Wählen die Unternehmen also einen solchen Mitgliedstaat als Satzungssitzstaat aus, dessen Recht sich wie z. B. das deutsche GmbH-Recht⁴⁴³ und das englische Limited-Recht⁴⁴⁴ gestaltungsoffen zeigt, ist die SPE in Kombination des Unions- und nationalen Rechts eine gestaltungsoffene Gesellschaftsform. Jenseits der Regelungsaufträge muss also anders als im Bereich der Regelungsaufträge⁴⁴⁵ auch das nationale Recht berücksichtigt werden.

c) Zwischenfazit: Die SPE ist keine „kleine SE“

Auch jenseits der Regelungsaufträge herrscht also ein *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit*. Denn der Verordnungsgeber erkennt grundsätzlich die Satzungsautonomie an und verordnet im Übrigen die Geltung des nationalen Rechts, dessen Grundsätze vorbehaltlich des Unionsrechts gelten.⁴⁴⁶ Auch jenseits der Regelungsaufträge gilt: Die SPE ist keine „kleine SE“.

4. Unionsrecht als Mindestnorm

Fraglich ist, ob solche Satzungsregelungen zulässig sind, die das Verordnungsrecht *verschärfen* oder dem verordnungsrechtlichen Schutzstandard *gleichwertig* sind. Dazu müsste das Verordnungsrecht lediglich als Mindestnorm zu verstehen sein, die den Gestaltungsspielraum der Unternehmen nach unten begrenzt.

Dafür spricht, dass der Unionsgesetzgeber den Satzungsgeber getreu dem *Grundsatz der eigenverantwortlichen Selbststeuerung* als seinen Assistenten der Verwirklichung des *effet utile*⁴⁴⁷ der SPE-VO einsetzt.⁴⁴⁸ Die SPE soll unionsweit weitestgehend einheitlich demselben einfachen und flexiblen Gesellschaftsrecht unterliegen und damit die Effizienz im SPE-Konzern spürbar steigern. Um dies zu erreichen, setzt der Verordnungsgeber auf ein System von Regelungsaufträgen und Wahlrechten, um den Unternehmen die Möglichkeit zur Schaffung eines unionsweit und konzernindividuell einheitlichen Satzungsunionsrechts zu geben. Anders als bei den großen Kapitalgesellschaften⁴⁴⁹ soll das SPE-Satzungsrecht also im Unternehmensinteresse und nicht zwecks Verkehrsschutzes einheitlich sein.⁴⁵⁰ Dann aber muss es in der freien Entscheidung der Unternehmen stehen, den durch die SPE-VO vorgegebenen Standard konzernindividuell unionsweit einheitlich zu *verschärfen*. Hierzu haben sie durchaus Anreiz. Es liegt nämlich in ihrem Interesse, ihren SPE-Konzern unionsweit einheitlich zu organisieren und gegen schutzrechtliche Bedenken abzuschotten. Gerade in der Anfangsphase kann es sinnvoll sein, einen gegebenenfalls höheren Schutzstandard in Kauf zu nehmen, aber dafür die Angreifbarkeit zu vermindern und die

ähnlich *Casper*, in: FS Ulmer, 51, 71; wohl a. A. auf Basis des SPE-VOE-SE *Jung*, BB 2010, 1233, 1235; *Quinke*, GmbHR 2011, Heft 11, R168; auf Basis des SPE-VOE-K wohl *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 7; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 82 f.

⁴⁴³ Vgl. z. B. *Wicke*, in: MüKo-GmbHG, § 3 Rn. 148 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 3 Rn. 4.

⁴⁴⁴ Vgl. z. B. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 3.3.3 (p. 77); *Hannigan*, Company Law, mn. 4-20 et seqq.

⁴⁴⁵ Vgl. unter vorstehend 2. c).

⁴⁴⁶ Mit strukturell ähnlicher Argumentation bei der SE *Casper*, in: FS Ulmer, S. 71; weitergehend *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 287; restriktiver die h. M. bei der SE, vgl. z. B. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 77; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 26.

⁴⁴⁷ Vgl. detailliert Kapitel 2 H.

⁴⁴⁸ Vgl. unter vorstehend B. I. sowie Kapitel 2 E.

⁴⁴⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 392.

⁴⁵⁰ Vgl. Kapitel 2 E. sowie unter vorstehend B. I.

Rechtssicherheit zu erhöhen. Es muss genügen, wenn der Gesamtregelungsbestand als jedenfalls unionsrechtskonform eingestuft werden kann, weil er den im SPE-VOE-HU angelegten Gläubiger- und Gesellschafterschutz angemessen berücksichtigt. Werden die Unternehmen diesem Postulat gerecht, sind Einschränkungen ihrer Gestaltungsfreiheit unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt.

Kritisch ist es demgegenüber zu betrachten, wenn die Unternehmen ein dem Verordnungsunionsrecht *gleichwertiges* Satzungsunionsrecht schaffen möchten. Es birgt sehr viel Rechtsunsicherheit zu bestimmen, wann ein Regelungsbestand dem anderen gleichwertig ist. Damit vermögen solche Satzungsregelungen den *effet utile* der SPE-VO nicht oder zumindest nicht spürbar zu fördern. Folglich sind solche Gestaltungen abzulehnen. Das Verordnungsunionsrecht ist nur insoweit als Mindestnorm zu verstehen, als die Unternehmen das Verordnungsunionsrecht durch Satzungsunionsrecht verschärfen dürfen.⁴⁵¹

IV. Stellung der SPE-Satzung in der Rechtsquellenpyramide

Die Verordnungsregelungen gehen Satzungsregelungen grundsätzlich vor, wie Wortlaut und Systematik des Art. 4 Abs. 1 SPE-VOE-HU klarstellen.⁴⁵²

Das nationale Recht kann der Satzungsgeber dagegen grundsätzlich ausschließen, indem er von den an ihn gerichteten Regelungsaufträgen Gebrauch macht.⁴⁵³ Das ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 i. V. m. dem Einleitungssatz von Abs. 2 SPE-VOE-HU.⁴⁵⁴ Ausnahmsweise nicht ausschließen können die Unternehmen jedoch erstens dasjenige nationale Recht, das aufgrund von punktuellen Spezialverweisen gilt. Denn in solchen Fällen macht sich der Verordnungsgeber das nationale Recht zueigen und zählt es methodisch zum Unionsrecht, und nach Art. 4 Abs. 1 SPE-VOE-HU gehen Regelungen „*dieser Verordnung*“ den Satzungsregelungen vor.⁴⁵⁵ Fraglich ist aber, ob der Satzungsgeber zweitens auch dasjenige nationale Recht ausschließen kann, das Mitgliedstaaten durch Nutzung von Wahlrechten im SPE-VOE-HU erlassen haben. Bei der SE wird dies durch Teile der Literatur bejaht.⁴⁵⁶ Bei der SPE spricht allerdings der Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU gegen eine Ausschlussmöglichkeit.⁴⁵⁷ Er bezieht sich nicht auf freiwillige SPE-spezifische Regelungen und ist weiter gefasst als Art. 9 Abs. 2 lit. c (i) SE-VO. Für den Vorrang sprechen außerdem systematisch-teleologische Erwägungen. Werden Wahlrechte nicht gebraucht, sieht der SPE-VOE-HU selbst Auffangregelungen vor. Werden sie gebraucht, mutieren sie zu Spezial-

⁴⁵¹ In diese Richtung auch *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 306.

⁴⁵² Ebenso zur SPE *Jung*, Kapitalverfassung, S. 76, 99, 104 f., vgl. aber S. 101 f., 109 ff.; zur SE z. B. *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 2; zur SCE *Höffler*, Gestaltungsfreiheit, S. 152.

⁴⁵³ Im Ergebnis auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 104, 127 ff. vgl. aber S. 109 ff.

⁴⁵⁴ Im Ergebnis auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 104.

⁴⁵⁵ Ebenso *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 20, 24; *Jung*, GesRZ 2012, 153, 159; wohl auch *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 567 f.; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 106, 127; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 58, 77; ähnlich *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 272; zur SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 56 und 64; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 79; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 8 Rn. 4, Art. 9 Rn. 21; *Brandt/Scheifele*, DStR 2002, 547, 553 f.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 41 Rn. 25, 27; a. A. *Jung*, Kapitalverfassung, S. 105; auf Basis des SPE-VOE-SE *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 138; nicht missverstanden werden dürfen solche Ausführungen, die Spezialverweise ebenfalls als Lückenfüllungsnormen bezeichnen, wie z. B. bei *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 9.

⁴⁵⁶ Vgl. *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 80; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 50; *Nagel*, NZG 2004, 833, 834.

⁴⁵⁷ A. A. auf Basis des SPE-VOE-SE *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 138.

verweisungen.⁴⁵⁸ Mithin kann der Satzungsgeber anders als teilweise bei der SE vertreten zweitens nicht dasjenige nationale Recht ausschließen, das Mitgliedstaaten durch Nutzung von Wahlrechten im SPE-VOE-HU erlassen haben.⁴⁵⁹

Auch ist fraglich, ob der Satzungsgeber kraft Satzungsregelung solche nationalen Vorschriften ausschließen kann, die die Mitgliedstaaten durch Umsetzung von Regelungsaufträgen im SPE-VOE-HU erlassen haben. Hierfür spricht, dass es sich hierbei um „*Rechtsvorschriften handelt, die die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit dieser Verordnung erlassen, um ihre wirksame Anwendung zu gewährleisten*“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. a SPE-VOE-HU. Hiermit sind Regelungen gemeint, die die Mitgliedstaaten in Umsetzung von Art. 44 SPE-VOE-HU und Spezialfällen hiervon⁴⁶⁰ erlassen.⁴⁶¹ Ihr Nachrang ergibt sich aus dem Einleitungssatz von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU und dessen systematischen Stellung hinter Art. 4 Abs. 1 SPE-VOE-HU. Außerdem können Vorschriften zur Einbettung der SPE in nationales Recht denklogisch nur dann zur Anwendung kommen, wenn in dem betreffenden Punkt auch im Übrigen nationales Recht gilt. Das nationale Recht ist beim Gebrauchmachen von Regelungsaufträgen aber gerade ausgeschlossen. Folglich kann der Satzungsgeber kraft Satzungsregelung nicht solche nationalen Vorschriften ausschließen, die die Mitgliedstaaten durch Umsetzung von Regelungsaufträgen im SPE-VOE-HU erlassen haben.⁴⁶²

Sonstige Satzungsregelungen stehen stets unter dem Vorbehalt des Unions- und nationalen Rechts.⁴⁶³ Verstoßen Satzungsregelungen gegen Unionsrecht oder – sofern einschlägig – nationales Recht, richten sich die Folgen nach nationalem Recht.⁴⁶⁴ Denn indem der Verordnungsgeber das Beschlussmängelrecht dem nationalen Recht unterstellt,⁴⁶⁵ muss nationales Recht konsequenterweise auch darüber entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Satzungsregelung nichtig, heilbar unwirksam oder anfechtbar ist.

V. Auslegung der Satzung

Die Auslegung einer SPE-Satzung erfolgt allein durch die nationalen Gerichte⁴⁶⁶ und nicht durch den *EuGH*.⁴⁶⁷

⁴⁵⁸ Ebenso zur SE C. Schäfer, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 9 Rn. 12 m. w. N.; wohl auch ders., NZG 2004, 785, 787; Teichmann, ZGR 2002, 383, 399 f.; Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 9; unklar zur SPE Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 41 Rn. 25, 27 f., § 43 Rn. 20, 24.

⁴⁵⁹ So im Ergebnis auch Jung, EuZG 2012, 129, 131 f.; dies., Kapitalverfassung, S. 109 ff.; allgemein Ruffert, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 1 AEUV Rn. 19 ff.; Müller-Graff, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. A. I. Rn. 64; Stettner, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. A. IV. Rn. 25 ff.

⁴⁶⁰ Artt. 5b Abs. 0, 30 Abs. 1, 38 Abs. 1 und 2, 45 S. 1 und 2 SPE-VOE-HU.

⁴⁶¹ Ebenso Schoenemann, Organisationsverfassung, S.75.

⁴⁶² Im Ergebnis ebenso Schoenemann, Organisationsverfassung, S.76; für die SE Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 80; Blanquet, ZGR 2002, 20, 50; wohl auch Nagel, NZG 2004, 833, 834; in dieselbe Richtung bei der SPE Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 138; a. A. für die SE C. Schäfer, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 9 Rn. 12 m. w. N.; wohl auch ders., NZG 2004, 785, 787; unklar zur SPE Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 41 Rn. 25, 27 f., § 43 Rn. 20, 24.

⁴⁶³ Ebenso z. B. Jung, Kapitalverfassung, S. 106 ff., aber anders als hier auf S. 107.

⁴⁶⁴ In dieselbe Richtung auf Basis des SPE-VOE-SE Schoenemann, Organisationsverfassung, S.74 f.; auf Basis des SPE-VOE-CZ Maschke, BB 2011, 1027, 1028; a. A. auf Basis des SPE-VOE-HU Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 43 Rn. 62 (mit Fn. 206); a. A. bei der SE Maul, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 38.

⁴⁶⁵ Vgl. Art. 28 Abs. 4 S. 2 SPE-VOE-HU.

⁴⁶⁶ So auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 72 ff.; für die Justiziabilität von SPE-Satzungen auch Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, 337, 344; DAV, Stellungnahme, Punkt 43, S. 16; DNotV, Stellungnahme, S. 17; Ehrlicke, KSzW

Denn es geht nicht um die Auslegung von Unionsrecht, sondern um die Auslegung von privatautonomen Recht – selbst wenn dieses aufgrund Unionsrechts gesetzt wurde.⁴⁶⁸ Das gilt auch bei der Verwendung von Mustersatzungen, da diese nicht mehr auf Unionsebene erlassen werden.⁴⁶⁹

Fraglich ist jedoch, ob die nationalen Gerichte eine SPE-Satzung einheitlich auslegen müssen unabhängig davon, ob die betreffenden Regelungen Unions- oder nationalem Recht unterfallen. Im transnationalen SPE-Konzern würden die durch die nationale Auslegungszuständigkeit drohenden Zersplitterungen abgemildert, wenn die Satzungen sämtlicher Konzerngesellschaften einheitlich nach unionsrechtlicher Methode auszulegen wären. Diese aus Effizienzgesichtspunkten wünschenswerte Vereinheitlichung würde nicht zuletzt dort Vorteile verschaffen, wo sich die Unternehmen zur Aufnahme konzernrechtlicher Regelungen in die SPE-Satzungen entschieden haben. Mithin ist es aus Gründen des *effet utile*⁴⁷⁰ angezeigt,⁴⁷¹ praktikable europäische Satzungsauslegungsgrundsätze zu entwickeln und anzuwenden.⁴⁷² Eine gespaltene Satzungsauslegung verbietet sich aus Gründen des *effet utile*.⁴⁷³ Denn selbst wenn sich die Auslegungsgrundsätze des Unionsrechts und der verschiedenen nationalen Rechte ähneln oder gar entsprechen sollten,⁴⁷⁴ würde eine gespaltene Auslegung sowohl bei der Einzelgesellschaft, erst recht aber im multinationalen Konzern zu empfindlichen Abgrenzungsschwierigkeiten und Folgeproblemen bei der Aufdeckung und Schließung von Satzungs-lücken führen.⁴⁷⁵

Es müsste aber auch tatsächlich gelingen, praktikable europäische Satzungs-auslegungsgrundsätze zu entwickeln und anzuwenden. Nach einer in der Literatur weit verbreiteten Ansicht⁴⁷⁶ gelingt dies nicht. Als ungeeignet er-

2010, 6, 11, *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 76 ff.; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 87; von GmbH-Satzungen *Michalski*, in: *Michalski/GmbHG*, § 2 Rn. 50; *J. Mayer*, in: *MüKo-GmbHG*, § 2 Rn. 168; von Limited-Satzungen *French/Mayson/Ryan*, *Company Law*, ch. 3.3.4 (pp. 77 et seq.); *Hannigan*, *Company Law*, mn. 4-44et seqq.

⁴⁶⁷ A. A. *Koutsogianni-Hanke*, *Verdeckte Sacheinlage*, S. 287.

⁴⁶⁸ Ebenso *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 11, *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 76 ff.; *Wirtz*, *Lückenfüllung*, S. 209; *Pläster*, *Treuepflicht*, S. 76 f.; a. A. *Hommelhoff/Helms*, in: *Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG*, S. 169 f.; Zuständigkeiten des *EuGH* vorschlagend *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 11; *Boucourechliev/Hommelhoff*, *Vorschläge für eine EPG*, S. 238; vgl. dazu *Wirtz*, *Lückenfüllung*, S. 210.

⁴⁶⁹ Vgl. *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 374 f.; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 89; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 837; 840; ausführlich *Wicke*, in: ECFR-Special, 183 ff.; zur Auslegung von auf Gemeinschaftsebene erlassenen Mustersatzungen noch *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 76 ff.; allgemein *Eidenmüller*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 4, 22; *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 224 f.

⁴⁷⁰ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁴⁷¹ So auch *Autoren-Gesamtteam*, in: *Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG*, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Kommentare zu Art. 2.

⁴⁷² A. A. *Schoenemann*, *Organisationsverfassung*, S. 72 ff.; *Schubel*, in: *Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE*, S. 83, 91; anders als hier könnte mit dem Hinweis argumentiert werden, die *CREDA*-Vorschläge zur *Anwendung der allgemeinen Prinzipien dieser SPE-VO* seien nicht übernommen worden, vgl. dazu *Autoren-Gesamtteam*, in: *Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG*, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 12 Abs. 2; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279, 281; so für die SE *Maul*, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 17.

⁴⁷³ Vgl. dazu ausführlich in Kapitel 2 unter F. I. 2. b); für Auslegung einheitlich nach nationalem Recht *Schoenemann*, *Organisationsverfassung*, S. 72 ff.

⁴⁷⁴ Mit diesem Hinweis *Schoenemann*, *Organisationsverfassung*, S. 72 ff.; allgemein zur Auslegung im englischen Recht z. B. *Vogenauer*, in: *Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht*, § 1 Rn. 41 ff.

⁴⁷⁵ Teilweise a. A. *Gößl*, SE-Satzung, S. 62 f.; a. A. *Schoenemann*, *Organisationsverfassung*, S. 72 ff.

⁴⁷⁶ Bei der SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 80; *Casper*, in: FS Ulmer, 51, 70; *Casper*, in: FS Ulmer, S. 51, 70; *C. Schäfer*, in: *MüKo-AktG*, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 20; *Schürnbrand*, in: *Habersack/Drinhausen/SE-Recht*, Art. 9 SE-VO Rn. 49;

scheinen freilich europäische Grundsätze zur Auslegung schuldrechtlicher Verträge. Denn solche Grundsätze stecken noch in den Kinderschuhen.⁴⁷⁷ Außerdem haben Satzungen einen organisationsrechtlichen bzw. korporativen Charakter.⁴⁷⁸ Die einheitliche Satzungsinterpretation könnte allerdings nach Art. 4 Abs. 1 lit. a SPE-VOE-HU in Verbindung mit den europäischen Grundsätzen objektiver Auslegung erfolgen, wie sie zunächst im Bereich der Gesetzgebung entwickelt wurden. Auslegungsgrundsätze sind traditionell allgemeine Rechtsgrundsätze, die üblicherweise nicht in geschriebenem Gesetzesrecht geregelt werden.⁴⁷⁹ Mithin kann gegen einen unionsrechtlichen Grundsatz objektiver Satzungsauslegung nicht angeführt werden, der Verordnungsgeber verhalte sich nicht zur Satzungsauslegung.⁴⁸⁰ Für eine objektive Auslegung von SPE-Satzungen könnten die in einer Gesamtschau des SPE-VOE-HU deutlich werdenden Strukturmerkmale einer SPE sprechen. Eine objektive Satzungsauslegung orientiert sich allein an dem Satzungsdokument als solchem, an anderen öffentlich zugänglichen Dokumenten und an sonstigen allgemein bekannten Informationen. Bei der SPE handelt es sich um eine von Registereintragungen abhängige Kapitalgesellschaft, deren Anteile grundsätzlich frei veräußert werden können. Ihre Satzung unterliegt einem Formzwang und ist gemeinsam mit anderen wichtigen Dokumenten und Informationen entsprechend den Vorgaben der Publizitätsrichtlinie⁴⁸¹ in einem allseits zugänglichen Register zu hinterlegen und zu veröffentlichen.⁴⁸² Die in einer Gesamtschau des SPE-VOE-HU deutlich werdenden Strukturmerkmale einer SPE sprechen also für eine objektive Satzungsauslegung.⁴⁸³ Da die Publizitätsrichtlinie ebenso wie die objektive Satzungsauslegung den Schutz von Dritten und künftigen Gesellschaftern bezweckt, fügt sich eine objektive Satzungsauslegung auch in das von dem Verordnungsgeber vorgegebene Schutzsystem ein.⁴⁸⁴ Eine objektive Satzungsauslegung entspricht im Übrigen – wie die Beispiele Deutschlands⁴⁸⁵ und Englands⁴⁸⁶ zeigen – vielfach auch

ebenso für die SPE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 72 ff.; im Ergebnis offenlassend DAV, Stellungnahme, Punkt 26, S. 10.

⁴⁷⁷ Allgemein *Schmidt-Kessel*, in: Riesenhuber/Methodenlehre, § 17.

⁴⁷⁸ Allgemein *C. Jaeger*, in: OK-GmbHG, § 2 Rn. 1 ff.; *Wicke*, in: MüKo-GmbHG, § 3 Rn. 101; *Roth*, in: *ders./Altmeyden*, § 2 Rn. 10 f.

⁴⁷⁹ So auch zur SE *Gößl*, SE-Satzung, S. 62 f.; *Schwarz*, SE-VO, Art. 6 Rn. 108.

⁴⁸⁰ Mit diesem Argument aber für nationalrechtliche Satzungsinterpretation bei der SE *Maul*, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 17 (Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO); *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 20 (Artt. 3 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. c (iii) SE-VO); *Casper*, in: FS Ulmer, 51, 70 (Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO); im Ergebnis ebenso auf Basis des SPE-VOE-K *Pläster*, Treuepflicht, S. 76 ff., 88; für die SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 5; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 79; mit unklarer Begründung *Gößl*, SE-Satzung, S. 62 f.; unklar auf Basis des SPE-VOE-K *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 208, 210, 223 f.; offenlassend auf Basis des SPE-VOE-K DAV, Stellungnahme, Punkt 26, S. 10.

⁴⁸¹ Publizitätsrichtlinie; vgl. hierzu *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 34; *Behrens*, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. E. III. Rn. 31 f.; *Habersack*, in: MüKo-AktG, Einleitung Rn. 129 ff.; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, Ch. 4.3 (pp. 113 et seq.); vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 46 ff.

⁴⁸² Vgl. Artt. 3, 8 Abs. 2 und 3, 9, 9a, 10, 11, 16, 21 Abs. 4, 28 Abs. 6, 42, sowie Erwägung 8 (S. 10) SPE-VOE-HU; vgl. auch bereits *Autoren-Gesamtteam*, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Artt. 2, 5, 8, 9, 11, 20, 37.

⁴⁸³ Offenlassend *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 87; allgemein *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB, § 105 Rn. 150.

⁴⁸⁴ Ähnlich zur SE *Gößl*, SE-Satzung, S. 62 f.; zur SPE *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 76 ff.

⁴⁸⁵ Vgl. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 2 Rn. 29 ff.; *J. Mayer*, in: MüKo-GmbHG, § 2 Rn. 150 ff.; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, § 45 Rn. 54 f.; *Michalski*, in: Michalski/GmbHG, § 2 Rn. 41 ff.; *Wicke*, GmbHG, § 2 Rn. 4; *C. Jaeger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 2 Rn. 67 ff.; *Schindler*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 45 Rn. 4 ff.; im Vergleich zum Personengesellschaftsrecht *Ulmer/C. Schäfer*, in: MüKo-BGB, § 705 Rn. 171; *Schöne*, in: Beck'scher OK-BGB, § 705 Rn. 70 ff.; *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB, § 105 Rn. 150.

⁴⁸⁶ Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 3.3.4 (pp. 79 et seqq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 4-44 et seqq.; allgemein zur Auslegung im englischen Recht *Vogenaier*, in: Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 41 ff.

den in den Mitgliedstaaten praktizierten Grundsätzen. Die Heranziehung der *allgemeinen Prinzipien, die den nationalen Rechtsordnungen gemeinsam sind*, ist ausnahmsweise dann praktikabel und damit auch geboten, wenn solche deutlich erkennbar sind.⁴⁸⁷ Das ist im Bereich der SPE-Satzung aber mit Blick auf die Harmonisierungen durch die Publizitätsrichtlinie der Fall.⁴⁸⁸ Folglich sind diejenigen Grundsätze, die sich bei der Auslegung von Unionsgesetzesrecht etabliert haben, für die Auslegung von SPE-Satzungen brauchbar und auf diese zu übertragen. Entgegen der in der Literatur vertretenen Hauptmeinung gelingt es, praktikable europäische Satzungsauslegungsgrundsätze zu entwickeln und anzuwenden.⁴⁸⁹

Fraglich ist allerdings, ob die Anwendung der Auslegungsgrundsätze für Unionsgesetzesrecht auf SPE-Satzungen auch die teleologische und historische Auslegung mit einschließt. Auch die Interpretation von Unionsrecht berücksichtigt nur das, was der Verordnungs- bzw. Richtlinienggeber veröffentlicht hat.⁴⁹⁰ Sofern Verlautbarungen aus anderen Gesetzgebungsakten herangezogen werden,⁴⁹¹ können diese nicht nur als öffentlich zugängliche Dokumente, sondern auch als allgemein bekannte Tatsachen oder ein allgemein übliches Sinnverständnis begriffen werden. Dass im Gesellschaftsrecht Vorentwürfe und andere Dokumente nicht zur Veröffentlichung vorgesehen sind bzw. üblicherweise nicht veröffentlicht werden, ändert an der festgestellten Systematik nichts. Schließlich ist kein Satzungsgeber daran gehindert, seine Intentionen im Satzungsdocument niederzulegen.⁴⁹² Mithin sind die Auslegungsgrundsätze für Unionsgesetzesrecht vollständig, einschließlich der teleologischen und historischen Auslegung, auf die Auslegung von SPE-Satzungen zu übertragen.⁴⁹³ Folglich ergibt sich eine unionsrechtliche allgemeine normative Auslegungsmethode, die sich zwar zunächst bei der Auslegung von Unionsgesetzesrecht etabliert hat, aber ebenso bei der Auslegung von SPE-Satzungen angewandt werden kann.⁴⁹⁴ Methodisch erfolgt die Anwendung der objektiven Auslegungsgrundsätze über Art. 4 Abs. 1 lit. a SPE-VOE-HU. Daneben bedarf es weiterer Argumente nicht, die für die SPE- bzw. SE-Satzungsauslegung entwickelt wurden, und die als nicht genügend gerechtfertigt erscheinen: Der Hinweis auf die unionsrechtlich gewährte weitreichende Gestaltungsfreiheit⁴⁹⁵ vermag für sich genommen ebenso wenig zu überzeugen wie der Hinweis auf die unionsrechtliche Legitimationsgrundlage⁴⁹⁶ oder den supranationalen Charakter⁴⁹⁷ der SPE.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die nationalen Gerichte eine SPE-Satzung einheitlich auslegen müs-

⁴⁸⁷ Ähnlich *Pläster*, Treuepflicht, S. 31.

⁴⁸⁸ Allgemein *Veil*, in: FS Priester, S. 799, 802, 804 f.

⁴⁸⁹ A. A. *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 72 ff.

⁴⁹⁰ Wie z. B. im Rahmen von Erwägungen; allgemein *Riesenhuber*, in: *ders./Methodenlehre*, § 10 Rn. 35 ff.

⁴⁹¹ Vgl. zur SE-VO *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 84 f.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 16.

⁴⁹² Mit diesem Hinweis auch *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 87.

⁴⁹³ A. A., aber teilweise unklar *Maul*, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 18; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 76 ff.

⁴⁹⁴ So im Ergebnis auch *Schwarz*, SE-VO, Art. 6 Rn. 108, 110 f.; ähnlich *Gößl*, SE-Satzung, S. 62 f.; in anderer Hinsicht mit Andeutungen in Richtung einer normativen Satzungsauslegung bei der SPE *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 287; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 899; *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 9 ff.; für GmbH-Satzungen *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, Anh. zu § 47 Rn. 44; dagegen *Schockenhoff*, ZGR 2013, 76, 87.

⁴⁹⁵ So im Ergebnis *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 76 ff.; offenlassend *Teichmann*, RIW 2010, 120, 124 (mit Fn. 39).

⁴⁹⁶ So für die SE *Gößl*, SE-Satzung, S. 62 f.; ähnlich für die SPE *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 76 ff.; offenlassend DAV, Stellungnahme, Punkt 26, S. 10.

⁴⁹⁷ So für die SE *Schwarz*, SE-VO, Art. 6 Rn. 108, 110 f.; zweifelnd auch *Maul*, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 17.

sen unabhängig davon, ob die betreffenden Regelungen Unions- oder nationalem Recht unterfallen.⁴⁹⁸

VI. Regelungsüberschreitung

Nicht zuletzt wegen der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Gestaltungsspielraums läuft der Satzungsgeber Gefahr, mehr zu regeln als ihm eigentlich zusteht. Überschreitet der Satzungsgeber den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum, richtet sich die Folge dieses Verstoßes nach dem auf die betroffene Satzungsregelung anwendbaren Recht. „Überschießende“ unionsrechtliche Satzungsregelungen müssen mit Blick auf den vom Verordnungsgeber intendierten *effet utile*⁴⁹⁹ nach einem unionsrechtlichen Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion soweit als möglich normerhaltend ausgelegt werden.⁵⁰⁰ Dazu gehört auch, den Regelungsbereich der SPE-VO und damit auch die Regelungsaufträge in einer Weise zu verstehen, dass die unionsweite Einheitlichkeit des SPE-Konzerns und damit der *effet utile* besonders gut verwirklicht werden.⁵⁰¹ Das kommt transnationalen Konzernen insbesondere dann zugute, wenn sie in den Satzungen konzernrechtlich relevante Regelungen treffen. Beispielsweise könnte der Satzungsgeber bei der Formulierung der Öffnungsklausel nach Art. 21 Abs. 3 SPE-VOE-HU den Ausschüttungsbegriff zu weit verstehen. Falls und sofern eine unionsrechtliche Satzungsregelung nicht aufrechterhalten werden kann, bestimmen sich die Rechtsfolgen gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nach dem jeweiligen nationalen Recht. Soweit nationalrechtliche Satzungsregelungen gegen nationales Recht verstoßen, richtet sich die Verstoßfolge dagegen nach Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht.⁵⁰²

VII. Regelungsunterschreitung

1. Arten von Regelungsunterschreitungen

Bei der SPE als supranationaler Rechtsform könnte es überdurchschnittlich wahrscheinlich sein, dass ihre Satzung Lücken aufweist. Aus diesem Grund könnte es bei der Rechtswahlentscheidung und Satzungsgestaltung überdurchschnittlich wichtig sein, ein Bewusstsein für mögliche Probleme zu entwickeln und Methoden zur Risikominimierung zu finden.

Zunächst ist im Wege einer einheitlichen, europäisch-autonomen objektiven Satzungsauslegung zu entscheiden, ob die Satzung überhaupt lückenhaft ist.⁵⁰³ Die Auslegung kann zu dem Ergebnis führen, dass der Satzungsgeber eine Regelungsmöglichkeit *planmäßig* nicht ergriffen hat. Dann hat er entweder mit den vorhandenen Regelun-

⁴⁹⁸ Ebenso *Autoren-Gesamtteam*, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Kommentare zu Art. 2; *Ehrlicke*, KSzW 2010, 6, 11; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 76 ff.; wohl auch *Pläster*, Treuepflicht, S. 76; im Ergebnis ebenso für die SE *Schwarz*, SE-VO, Art. 6 Rn. 108, 110 f.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 5; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 20; *Casper*, in: FS Ulmer, 51, 70; *Gößl*, SE-Satzung, S. 62 f.; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 49; zum jeweils anwendbaren Recht vgl. unter vorstehend II.

⁴⁹⁹ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁵⁰⁰ A. A. *Lazic*, EPG-VO, S. 6 – bei nicht eindeutiger Regelung greift sogleich nationales Recht; zu den unionsrechtlichen Folgen überschießender nationaler Gesetzesnormen *Uffmann*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, S. 48 ff.

⁵⁰¹ Vgl. Kapitel 2 H.

⁵⁰² Zur GmbH allgemein *Wicke*, GmbHG, § 3 Rn. 28 ff.

⁵⁰³ Vgl. unter vorstehend V.

gen eine abschließende Satzungsregelung bezweckt, sodass die Satzung nicht lückenhaft ist. Oder der Satzungsgeber wollte mit seiner Nichtregelung erreichen, dass nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a SPE-VOE-HU nationales Recht eingreift. Beispielsweise könnten die Unternehmen bewusst von bestimmten konzernrechtlichen Regelungen absehen, um dadurch das Eingreifen des nationalen Konzernrechts zu erreichen. Dann ist nicht nur eine Satzungs-lücke zu bejahen, sondern auch der Weg zu ihrer Füllung vorgezeichnet.

In den überwiegenden Fällen dürfte die Auslegung allerdings zutage-fördern, dass eine Regelung *versehentlich* nicht getroffen wurde und die Satzung damit planwidrig lückenhaft ist.⁵⁰⁴ Hier können insbesondere vier Fallkonstellationen Schwierigkeiten aufwerfen. Erstens könnte der Satzungsgeber eine spätere Sachverhaltsänderung nicht bedacht und daher eine Satzungsregelung für den Eintritt des betreffenden Sachverhalts unterlassen haben. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die SPE zunächst als Einzelgesellschaft errichtet und die Möglichkeit einer späteren Konzernierung nicht bedacht wird. Zweitens könnten die Unternehmen Normierungen deshalb versehentlich unterlassen, weil sie ein Rechtsproblem verkennen oder eine neuere Rechtsprechung nicht kennen. Etwa könnten die deutschen Gesellschafter einer SPE durch die „*Brille*“ des deutschen Rechts den unionsrechtlichen Ausschüttungsbegriff zu eng auslegen und dadurch wichtige Regelungen für aufsteigende Darlehen unterlassen. Damit eng verwandt ist der dritte denkbare Fall planwidriger Satzungs-lücken: Da es in der ihm vertrauten nationalen Rechtsordnung bestimmte Rechtsgrundsätze oder Institute nicht gibt, trifft der Satzungsgeber für die SPE sinnvolle Regelungen nicht. Beispielsweise könnten die englischen Gesellschafter einer in Deutschland domizilierenden SPE meinen, die SPE dürfe allenfalls in beschränktem Maße im Konzerninteresse handeln. Dann kommen sie nicht auf den Gedanken, die Tochter-SPE auf das Konzerninteresse auszurichten. Ähnliche Schwierigkeiten entstehen, wenn die Gesellschafter viertens ein bestimmtes nationalrechtliches Prinzip derart verinnerlicht haben, dass sie ohne Weiteres von der Geltung dieses Prinzips auch bei der SPE ausgehen und aus diesem Grund Satzungsregelungen unterlassen. Dazu kann es z. B. dann kommen, wenn die deutschen Gesellschafter einer in England domizilierenden SPE davon ausgehen, sie hätten bei der SPE ebenso wie bei der GmbH automatisch ein allgemeines Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsleitung.

Folglich ist es bei der SPE überdurchschnittlich wahrscheinlich, dass ihre Satzung Lücken aufweist. Damit ist es bei der Rechtswahlentscheidung und Satzungs-gestaltung überdurchschnittlich wichtig, ein Bewusstsein für mögliche Probleme zu entwickeln und Methoden zur Risikominimierung zu finden.

2. Umgang mit Satzungs-lücken

a) Mögliche Folgen von Satzungs-lücken

Satzungs-lücken können verschiedene Folgen haben. Sofern sie nicht geschlossen werden können, führen sie möglicherweise zur Nichtigkeit der Satzung oder der Gesellschaft, hindern die Eintragung bzw. begründen Amts-löschungen oder Auflösungsklagen. Freilich sprengt es den Rahmen dieser Arbeit, die hoch umstrittenen Fragen zum Registerverfahren zu beantworten.⁵⁰⁵ Unabhängig davon darf jedoch von einem unionsrechtlichen Grund-

⁵⁰⁴ Wirtz, Lückenfüllung, S. 221 f.

⁵⁰⁵ Vgl. Erwägung 18 (S. 14), Art. 9 Abs. 2 und 4, Art. 45 S. 1, jeweils SPE-VOE-HU; dazu *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 26, 43; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 122 ff.; zum SPE-VOE-SE *Teichmann*, RIW 2010, 120, 123; *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 28; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 192 (mit Fn. 839); *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 118; zum SPE-VOE-K vgl. *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 – Thesen 13 und 14; *DIHK*, Stellungnahme,

satz der fehlerhaften Gesellschaft ausgegangen werden.⁵⁰⁶ Denn ein Umkehrschluss aus Art. 10 Abs. 2 SPE-VOE-HU ergibt, dass die Gesellschaft bis zu einer Löschung im Register wirksam besteht bzw. als wirksam zu behandeln ist.⁵⁰⁷

Auch wenn die SPE-Satzung einen Punkt nicht oder nicht vollständig regelt, müssen die Folgen für den Konzern vorhersehbar und rechtssicher sein.⁵⁰⁸ Andernfalls könnte die SPE als Konzernbaustein unattraktiv und die Erreichung des *effet utile*⁵⁰⁹ der SPE-VO gefährdet sein.

b) Schließung von Satzungslücken

(1) Unionsrechtlicher Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung

In Auslegung des SPE-VOE-HU könnte sich zunächst ein unionsrechtlicher Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung ergeben.

Hierfür spricht der vom Verordnungsgeber intendierte *effet utile*⁵¹⁰ der SPE-VO. Der Verordnungsgeber möchte eine unionsweit möglichst einheitliche Rechtsform schaffen und misst der Privatautonomie dabei einen maßgeblichen Stellenwert bei.⁵¹¹ Die ergänzende Vertragsauslegung trifft diese Vorstellungen des Verordnungsgebers genau. Sie erreicht das Effizienzziel, indem sie praktikabel⁵¹² und damit rechtssicher ist. Außerdem beruht sie auf der SPE-Satzung und stellt damit den – ggf. mutmaßlichen – privatautonomen Willen des Satzungsgebers in den Vordergrund. Da die Herleitung allgemeiner Rechtsprinzipien aus dem SPE-VOE-HU zulässig ist, bedarf es dazu keines konkreten Anhaltspunktes im Verordnungstext.⁵¹³ Der unionsrechtliche Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung kann möglicherweise auch als Sonderfall einer unionsrechtlichen Treuepflicht begriffen werden.⁵¹⁴

S. 2, 4; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 286; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 898; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 82 ff.; *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 113; *Eidenmüller*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 4, 21; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 90, 93 et seq.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 46, 56 ff. (mit Fn. 440, 449, 450), 165; *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 287, 294 f., 298; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 275 ff.; zum englischen Recht sec. 1000 CA 2006; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 2.2.2 (pp. 45 et seq.) and 20.16.2.4 (pp. 728 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 1-35 et seq., 24-80; generell auf Rechtsunsicherheiten hinweisend *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 224.

⁵⁰⁶ So auch zum SPE-VOE-SE *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 10; zum SPE-VOE-K *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153; wohl auch *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 224; allgemein für das deutsche Recht *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG § 2 Rn. 39, § 3 Rn. 22 f.; für das englische Recht *Kupitz, Limited*, S. 9 f.; *Schmidtbauer, Limited*, S. 25; *Zimmer/Naendrup*, ZGR 2007, 789, 807.

⁵⁰⁷ Ähnlich *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153.

⁵⁰⁸ Ebenso *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 840.

⁵⁰⁹ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁵¹⁰ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁵¹¹ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 6 (S. 8), 6a, 6b und 7 (S. 9), 7b und 8 (S. 10), 11 (S. 11), 13, 14a und 15 (S. 12), 16 (S. 13) und 18 (S. 14).

⁵¹² Allgemein zur SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 69.

⁵¹³ So zur SPE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 206 ff.; relativierend zur SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10, 57, 68.

⁵¹⁴ Zur Treuepflicht bei der SPE vgl. Kapitel 6 D. II. 5. c); zur Diskussion in Deutschland *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG, § 53 Rn. 113 ff.

Gegen eine ergänzende Vertragsauslegung spricht nicht, dass der Ordnungsgeber Art. 43 SPE-VOE-P nur teilweise in Art. 8 Abs. 4 SPE-VOE-CZ überführt hat. Denn damit hat er sich nur gegen eine Lückenfüllung durch unionsrechtliche Mustersatzungen,⁵¹⁵ nicht aber weitergehend gegen einen unionsrechtlichen Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung entschieden. Gegen die Herleitung des Grundsatzes spricht des Weiteren nicht, dass nicht alle Mitgliedstaaten einen solchen Grundsatz kennen.⁵¹⁶ Denn ein solcher Grundsatz folgt bereits aus einer systematisch-telologischen Auslegung des SPE-VOE-HU, sodass es auf eine rechtsvergleichende Auslegung nicht mehr ankommt. In Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt sich also ein unionsrechtlicher Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung.⁵¹⁷ Bei der Schließung von Satzungslücken gilt nicht stets nationales Recht.⁵¹⁸ Zuständig sind die nationalen Gerichte,⁵¹⁹ aufgrund des privatautonomen Charakters der SPE-Satzungen allerdings ohne Vorlage an den *EuGH*.⁵²⁰

Da die SPE-Satzung nach unionsrechtlichen Grundsätzen stets einheitlich und objektiv auszulegen ist,⁵²¹ gilt der Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung stets und einheitlich für alle Arten von Satzungsbestandteilen. Außerdem gilt er für alle Arten von Satzungslücken.⁵²² Eine Anwendung nur auf planmäßige Satzungslücken würde die Chance auf unionsweit einheitliche Regelungen unnötig und ungerechtfertigt beschränken. Eine Anwendung nur auf das Außenrecht⁵²³ würde an der Schnittstelle zwischen Unions- und nationalem Recht zu Schwierigkeiten führen. Außerdem würde sie vernachlässigen, dass die von dem Ordnungsgeber intendierte unionsweit einheitliche Behandlung von SPE den Interessen nicht nur von Dritten, sondern auch der Unternehmen selbst dienen soll.⁵²⁴

⁵¹⁵ In diese Richtung deutet Fn. 23 zu Art. 8 Abs. 4 SPE-VOE-CZ: „DELETED ask for default rules in the Regulation.“

⁵¹⁶ Zu vergleichbaren Instituten im englischen Recht z. B. *Tassikas*, Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit, S. 114 mit Fn. 83; *Vogenauer*, in: Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 22, 34 ff., 50; rechtsvergleichend *Grobecker*, Implied Terms, S. 25 ff., 165 ff., 258 ff.; *Stölting*, Implied Terms, S. 37 ff., 69 ff., 241 ff.; a. A. wohl *Tiedemann*, Effektenhandel, S. 130, 133; anders wohl z. B. im französischen Recht, dazu z. B. *Schilf*, Vertragsgrundregeln, S. 32; liberaler *Brieskorn*, Vertragshaftung, S. 65; liberaler bei der SPE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 210.

⁵¹⁷ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 10; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 206 ff.; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 74; auf Basis des SPE-VOE-K *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 346 f.; *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 287; restriktiver *Peters/Wüllrich*, NZG 2008, 807; vgl. auch *DAV*, Stellungnahme, Punkt 16, S. 7; a. A. auf Basis des SPE-VOE-HU *Teichmann*, in: ECFR-Special, pp. 71, 95; *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 568; ggf. *ders.*, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 8 Rn. 13; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 130 f.; auf Basis des SPE-VOE-SE *Jung*, BB 2010, 1234, 1235; *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 762; *Schubel*, in: Hommelhoff/*ders.*/Teichmann/SPE, S. 83, 91; auf Basis des SPE-VOE-K wohl auch *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 276 ff.; a. A. zur SE *Maul*, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 31; zum deutschen GmbH-Recht vgl. *J. Mayer*, in: MüKo-GmbHG, § 2 Rn. 156; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 2 Rn. 3; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, § 45 Rn. 56; *Schindler*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 45 Rn. 6; *Roth*, in: *ders.*/Altmeppen, § 2 Rn. 37; *Wicke*, GmbHG, § 2 Rn. 10; *Michalski*, in: *ders.*/GmbHG, § 2 Rn. 74; *J. Mayer*, in: MüKo-GmbHG, § 2 Rn. 214; *Schindler*, OK-GmbHG, § 34 Rn. 96; *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG, § 53 Rn. 125; ür Lückenschluss auf Unionsrechtsebene bei fehlender oder ungenügender Umsetzung des Regelungsauftrags in SPE-VOE-K Anhang I zu Abstimmungen *Martens*, Managementstrukturen, S. 46, 56 f.

⁵¹⁸ So aber *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 90, 93; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 843; für die SE *Casper*, in: FS Ulmer, S. 51, 70.

⁵¹⁹ So auch *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 344; *DAV*, Stellungnahme, Punkt 43, S. 16.

⁵²⁰ A. A. *DNotV*, Stellungnahme, S. 17; dahingehend auch *Hommelhoff/Helms*, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, S. 169 f.; *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 9 f.

⁵²¹ Vgl. unter vorstehend V.

⁵²² Ähnlich wohl *Jung*, Kapitalverfassung, S. 124; ggf. a. A. *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 74 f.

⁵²³ So auf Basis des SPE-VOE-K wohl *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153; *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 346 f.

⁵²⁴ Ähnlich, im Ergebnis aber a. A. *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 348, 353.

(2) Salvatorische Satzungsklauseln

Um etwaigen Unklarheiten und Zweifeln im Zusammenhang mit Lücken in der Satzung vorzubeugen, könnte es sich empfehlen, eine salvatorische Klausel⁵²⁵ in die SPE-Satzung aufnehmen. Fraglich ist, nach welchen Regelungen sie installiert werden könnte und welchem Recht sie unterfallen würde.

Verpflichtet die salvatorische Klausel die Gesellschafter zur Satzungsanpassung und legt damit eine sonstige Beschlusskompetenz der Gesellschafterversammlung fest, ist sie als Gebrauchmachen von Regelungsauftrag VOE-HU-Anhang I Nr. 10 einzustufen. Damit unterfallen die salvatorische Klausel und ihre Durchführung konzernweit einheitlich unionsrechtlich-autonomen Grundsätzen.⁵²⁶ Ohne Festschreibung einer Anpassungsverpflichtung ist die salvatorische Klausel eine *Sonstige Satzungsregelung* im Sinne von Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU. Folglich richten sich ihre Wirksamkeit und Durchführung danach, ob das jeweilige nationale Recht salvatorische Klauseln und eine ergänzende Vertragsauslegung anerkennt. Das führt z. B. im sitzgekoppelten deutsch-englischen Konzern zu Schwierigkeiten, weil das englische⁵²⁷ im Gegensatz zum deutschen⁵²⁸ Recht salvatorische Klauseln grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unwirksam ablehnt.

Gleich ob die salvatorische Klausel Unions- oder nationalem Recht unterfällt, gilt sie für sämtliche Satzungsbestandteile unabhängig davon, welcher Art die einzelnen Satzungsbestandteile sind und welchem Recht sie unterfallen. Abzulehnen ist die Ansicht, eine salvatorische Satzungsklausel sei in Bezug auf die Umsetzung fakultativer Regelungsaufträge wirksam und laufe im Übrigen gegebenenfalls ins Leere.⁵²⁹ Denn Wirksamkeit und Regelungsbereich der salvatorischen Klausel müssen in einem ersten Schritt beurteilt werden, bevor in einem zweiten Schritt geprüft wird, welche Folgen die Klausel z. B. im Eintragungsverfahren hat.⁵³⁰ Bei diesem zweiten Schritt ist dann u. a. zu berücksichtigen, dass das nationale Recht *Sonstige Satzungsregelungen* als fakultative Satzungsregeln behandeln muss.⁵³¹

Um etwaigen Unklarheiten und Zweifeln im Zusammenhang mit Lücken in der Satzung vorzubeugen, kann und

⁵²⁵ Die beispielsweise wie folgt lauten könnte: „Sollten einzelne Bestimmungen dieser Satzung ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen hierdurch nicht berührt. Die Gesellschafter werden in diesem Fall die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung durch eine wirksame und durchführbare Regelung ersetzen, durch die der mit der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung beabsichtigte Zweck so weit wie möglich erreicht wird. Entsprechendens gilt im Fall von Lücken in dieser Satzung.“; vgl. auch die Formulierungsvorschläge bei *Stephan*, in: Beck'sches Formularbuch Wi-Recht, Kap. IX (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Gründung, Gesellschaftsverträge) Formular 9 § 19; *Pfisterer*, in: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, Kap. B Formular 2 § 15; *Haasen*, in: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, Kap. C Formular 2 § 15.

⁵²⁶ Im Ergebnis ebenso *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 207; *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 761; *dies.*, BB 2010, 1234, 1235; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 128 ff.; *Wicke*, GmbHHR 2011, 566, 568.

⁵²⁷ Vgl. *Tiedemann*, Effektenhandel, S. 130, 133.

⁵²⁸ Zu etwaigen Eintragungshindernissen vgl. *Stephan*, in: Beck'sches Formularbuch Wi-Recht, Kap. IX (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Gründung, Gesellschaftsverträge) Formular 9 § 19 Anm. 39; *Haasen*, in: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, Kap. C Formular 2 § 15 Anm. 35; unter Berufung auf § 53 GmbHG *Vossius*, ZGR 2009, 366, 388.

⁵²⁹ So aber *Jung*, BB 2010, 1234, 1235; großzügiger *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 761; generell für die Zulässigkeit salvatorischer Klauseln *Wicke*, GmbHHR 2011, 566, 568; *ders.*, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 8 Rn. 13; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 207; *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 76.

⁵³⁰ Zum deutschen GmbH-Recht *C. Jaeger*, in: OK-GmbHG, § 9c Rn. 17; *Wicke*, in: MüKo-GmbHG, § 3 Rn. 58 und § 9c Rn. 26; *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG, § 54 Rn. 86; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 348.

⁵³¹ Vgl. unter vorstehend B. I. 3., III. 3.

sollte der Satzungsgeber also eine salvatorische Klausel in die SPE-Satzung aufnehmen.⁵³²

(3) Gebrauch von Mustersatzungen

Im Zuge des Verordnungsgebungsverfahrens wurde vielfach vertreten, offizielle Mustersatzungen könnten generell als Instrument zur Lückenfüllung in SPE-Satzungen herangezogen werden.⁵³³ Auf Grundlage des SPE-VOE-HU kommen Mustersatzungen für die Schließung von Satzungslücken allerdings nicht mehr in Betracht.⁵³⁴ Es wird zwar möglicherweise offizielle Mustersatzungen geben, die Mitgliedstaaten für die SPE erlassen.⁵³⁵ In Auslegung des SPE-VOE-HU ist allerdings davon auszugehen, dass der Satzungsgeber Mustersatzungen allenfalls noch formerleichternde, nicht aber auch lückenschließende Wirkungen beimisst. Denn SPE-VOE-HU Erwägung 8a proklamiert abschließend die Intention des Satzungsgebers, Mustersatzungen nur eine gründungs-erleichternde Funktion zukommen zu lassen. Nationales Recht⁵³⁶ kommt nicht zur Anwendung, weil dadurch das Ziel des Satzungsgebers zur Schaffung einer unionsweit einheitlichen Rechtsform⁵³⁷ konterkariert würde.

(4) Allgemeine Grundsätze des SPE-VOE-HU

Die allgemeinen Grundsätze des SPE-VOE-HU zur Schließung von Satzungslücken könnten sich unterscheiden, je nachdem um welche Art von Satzungsregelung es geht.

Für den Fall, dass der Satzungsgeber Wahlrechte ganz oder teilweise nicht ausübt, sieht der SPE-VOE-HU selbst unionsrechtliche Auffangregelungen vor.⁵³⁸ Macht der Satzungsgeber von fakultativen Regelungsaufträgen keinen Gebrauch, gilt nach Art. 4 Abs. 3 i. V. m. einem Umkehrschluss⁵³⁹ aus Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU vorbehaltlich des Unionsrechts⁵⁴⁰ das jeweilige nationale Recht.⁵⁴¹ Die allgemeinere Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 SPE-

⁵³² Ebenso *Jung*, GesRZ 2012, 153, 161.

⁵³³ Vgl. Art. 43a SPE-VOE-P; *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 – These 14; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 307; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 91 f.; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 193 ff., 208 f.; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 307; *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 930; *Schmidt*, EWS 2008, 455, 456; *Brems/Cannivé*, Der Konzern 2008, 629, 634; *DIHK*, Stellungnahme, S. 1, 3 f.; *DAV*, Stellungnahme, Thesen 28 und 42, S. 10; *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 – These 14; *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 8 f., 10 f.; *Teichmann*, ECFR-Vortrag, Präsentation Folie 10, Manuskript Seite 2 Punkt 10; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 898; *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 345 f.; skeptisch dagegen *Vossius*, EWS 2007, 438, 442; *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2185; *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 570; *DNotV*, Stellungnahme, S. 18; *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 113; *Autoren-Gesamtteam*, in: Boucoureliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 13 (Inhalt der Anhänge zu dieser Verordnung) mit zugehörigem Kommentar auf S. 301; ausführlich *Wicke*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 107 ff.

⁵³⁴ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 68; auf Basis des SPE-VOE-HU *Wicke*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 107, 109.

⁵³⁵ Vgl. Erwägung 8a (S. 10); ein ausdrückliches Mitgliedstaatenwahlrecht enthielten demgegenüber noch Art. 8 Abs. 2 i. V. m. Art. 43a SPE-VOE-P und Art. 8 Abs. 4 SPE-VOE-CZ.

⁵³⁶ Wie z. B. Art. 20 CA 2006.

⁵³⁷ Vgl. z. B. SPE-VOE-HU Erwägungen 2 (S. 7), 3 (S. 7), 5 (S. 8) und 20 (S. 15).

⁵³⁸ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-HU *Jung*, GesRZ 2012, 153, 161; im Ergebnis ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 568.

⁵³⁹ Allgemein *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 899 ff. (S. 519 ff.).

⁵⁴⁰ Ebenso *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 7 f., 8, 10, 29; zum Rangverhältnis vgl. unter vorstehend IV. sowie unter eingangs A. II.

VOE-HU ist nicht anwendbar.⁵⁴² Beim nur teilweisen Gebrauch von fakultativen Regelungsaufträgen gilt dasselbe, soweit der Satzungsgeber von den Regelungsaufträgen keinen Gebrauch gemacht hat.⁵⁴³ Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Regelungen⁵⁴⁴ und dem Zweck der Verordnung, mithilfe von Satzungsregelungen eine unionsweit möglichst einheitliche Gesellschaft zu ermöglichen.⁵⁴⁵

Setzt der Satzungsgeber obligatorische Regelungsaufträge ganz oder teilweise nicht um, könnte analog Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU dasselbe gelten wie im Bereich fakultativer Regelungsaufträge. Die Interessenlage ist in beiden Fällen vergleichbar. Dass der Verordnungsgeber den Fall obligatorischer Regelungsaufträge planwidrig nicht geregelt hat, könnte sich in einer historischen Auslegung des SPE-VOE-HU erschließen. Spätestens im SPE-VOE-FR hat der Verordnungsgeber die Grundsatzentscheidung getroffen, bei Defiziten in der Umsetzung von Regelungsaufträgen nationales Recht eingreifen zu lassen.⁵⁴⁶ Im SPE-VOE-SE entstand eine Regelungslücke für Umsetzungsdefizite bei obligatorischen Regelungsaufträgen, ohne dass davon ausgegangen werden kann, dass der Verordnungsgeber von seiner im SPE-VOE-FR getroffenen Grundsatzentscheidung wieder Abstand nehmen wollte. Im Bereich der Regelungsaufträge gilt Unionsrecht also nur, wenn und soweit der Satzungsgeber von den Regelungsaufträgen auch tatsächlich Gebrauch gemacht hat.⁵⁴⁷ Das unterstreicht ein Blick in die Entwurfshistorie: Nachdem in Art. 4 Abs. 1 lit. a SPE-VOE-CZ noch eingefügt worden war, die SPE-VO gelte einschließlich ihrer Anlagen,⁵⁴⁸ wurde dieser Zusatz bereits im SPE-VOE-SE rasch wieder gestrichen. Denn der Zusatz war angesichts der Regelungstechnik des SPE-VOE und vor allem auch des Regelungsverständnisses des Verordnungsgebers mehr als irreführend. Folglich ergibt eine historische Auslegung des SPE-VOE-HU, dass der Verordnungsgeber den Fall obligatorischer Regelungsaufträge planwidrig nicht geregelt hat.⁵⁴⁹ Setzt der Sat-

⁵⁴¹ Ebenso unter Berufung auf Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-SE Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, 337, 344; Jung, BB 2010, 1233, 1234; Flaig, Die Satzung der SPE, S. 7 f., 8, 10, 29; auf Basis des SPE-VOE-HU im Ergebnis ebenso Wicke, GmbHR 2011, 566, 568; Neville, in: FS Hommelhoff, S. 835, 843; Teichmann, in: ECFR-Special, pp. 71, 94 et seq.

⁵⁴² So im Ergebnis auch für die SE Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 9; C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 22; a. A. bei der SPE auf Basis des SPE-VOE-SE Teichmann, RIW 2010, 120, 123; wohl auch Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, 337, 346; auf Basis des SPE-VOE-K Peters/Wüllrich, NZG 2008, 807; im Ergebnis auch DAV, Stellungnahme, Punkt 43, S. 16; Salomon, Regelungsaufträge, S. 88 ff.; offenlassend DIHK, Stellungnahme, S. 2, 4.

⁵⁴³ Auf Basis des SPE-VOE-SE im Ergebnis ebenso Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, 337, 344; Wicke, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 8 Rn. 13; Jung, GesRZ 2012, 153, 161; Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU ist dementsprechend wie folgt zu lesen: „in Bezug auf die nicht durch die Satzung der SPE geregelten Bereiche oder, sofern ein Bereich darin nur teilweise geregelt ist, in Bezug auf die nicht von der Satzung geregelten Bereiche“, „in the case of matters that are not included in the articles of association of an SPE or, where matters are partly included in it, of those aspects not included in the articles of association“ bzw. „pour les matières non incluses dans les statuts d’une SPE ou, lorsque une matière l’est partiellement inclus dans l’, pour les matières non incluses dans les statuts“; a. A. Schubel, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 90 f.

⁵⁴⁴ „sofern“ bzw. „insoweit“; „if“, „where“ bzw. „to the extent to which“; „lorsque“ bzw. „dans la mesure où“.

⁵⁴⁵ SPE-VOE-HU Erwägung 6 (S. 8).

⁵⁴⁶ Vgl. SPE-VOE-FR Erwägung 6 (S. 2), SPE-VOE-CZ Erwägung 6 (S. 2), SPE-VOE-SE Erwägung 6 (S. 4); ähnlich Neville, in: FS Hommelhoff, S. 835, 843 – bereits im SPE-VOE-K; zur vorhergehenden Intention vgl. SPE-VOE-K Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags – Kapitel I) S. 6 f., Erwägung 6 (S. 13); Peters/Wüllrich, NZG 2008, 807; Culmann, SPE in der Krise, S. 107; DAV, Stellungnahme, Punkt 43, S. 16; Salomon, Regelungsaufträge, S. 88 ff.; Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2008, 897, 898 – These 14; DIHK, Stellungnahme, S. 2, 4.

⁵⁴⁷ A. A. wohl Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2008, 897, 898 – These 14, auf Basis des in dem Punkt sehr ähnlich formulierten SPE-VOE-K.

⁵⁴⁸ „including its Annexes“.

⁵⁴⁹ Zum anwendbaren Recht vgl. unter vorstehend II.

zungsgeber obligatorische Regelungsaufträge ganz oder teilweise nicht um, gilt mithin analog Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU ebenso wie im Bereich fakultativer Regelungsaufträge vorbehaltlich des Unionsrechts das jeweilige nationale Recht.⁵⁵⁰

Sonstige Satzungsregelungen unterfallen nach Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU dem jeweiligen nationalen Recht, sodass auch Satzungslücken in diesem Bereich nach nationalem Recht zu behandeln sind.⁵⁵¹ Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass sich die allgemeinen Grundsätze des SPE-VOE-HU zur Schließung von Satzungslücken danach unterscheiden, um welche Art von Satzungsregelung es jeweils geht.

VIII. Schuldrechtliche Regelung des Konzerns

Eine Bewältigung konzernspezifischer Probleme auf schuldrechtlicher Ebene kommt im transnationalen SPE-Konzern in Betracht, ist allerdings nicht das Mittel der Wahl.

Neben- bzw. Gesellschaftervereinbarungen können z. B. die Konzernbildung erschweren, die Position des Hauptinvestors absichern oder die Rechte von Minderheitsgesellschaftern stärken.⁵⁵² Bei der SPE sind sie als unionsrechtlich zulässig anzusehen,⁵⁵³ weil der Verordnungsgeber den Gesellschaftern möglichst viele Gestaltungsoptionen anheimstellen möchte.⁵⁵⁴ Anders als Satzungsregelungen können schuldrechtliche Vereinbarungen allerdings keine Regelungen auf unionsrechtlicher Ebene treffen.⁵⁵⁵ Ihr Inhalt unterliegt dem nationalen Recht. Daher kommt es nach Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU trotz der grundsätzlichen Aufgeschlossenheit des Verordnungsgebers gegenüber Neben- und Gesellschaftervereinbarungen darauf an, ob und inwiefern das nationale Recht solche anerkennt.⁵⁵⁶

IX. Zwischenfazit: Satzung

Wenngleich sie rechtssystematisch hinter den Regelungen der SPE-VO zurücksteht, kommt der Satzung in der Rechtsanwendungspraxis der SPE *die* zentrale Rolle zu. Die Satzung kann zunächst aus Regelungen bestehen, mit denen der Satzungsgeber von den im SPE-VOE-HU enthaltenen obligatorischen und fakultativen Regelungsauf-

⁵⁵⁰ Im Ergebnis auch *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 843; *Teichmann*, in: ECFR-Special, pp. 71, 94 et seq.; a. A. *Jung*, GesRZ 2012, 153, 161; *dies.*, Kapitalverfassung, S. 138; *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 90 ff.; auf Basis des SPE-VOE-K *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 275 ff.

⁵⁵¹ Wohl auch *Jung*, GesRZ 2012, 153, 161.

⁵⁵² Zum deutschen Recht allgemein *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 47 Rn. 122; *Wicke*, in: MüKo-GmbHG, § 3 Rn. 137.

⁵⁵³ Auf Basis des SPE-VOE-K ebenso *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 197; *Martens*, Managementstrukturen, S. 102, 145, 212 f., 163, 237; ähnlich wohl *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 304; einschränkend *Culmann*, SPE in der Krise, S. 109 f.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 99 ff.; auf Basis des SPE-VOE-SE im Ergebnis wohl wie hier *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 62; *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 105; allgemein *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 342; *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 38.

⁵⁵⁴ Vgl. z. B. SPE-VOE-HU Erwägungen 3 (S. 7) und 6 (S. 8).

⁵⁵⁵ Vgl. insbesondere Art. 8 Abs. 1, Abs. 1a, Eingangssatz von Anhang I, sowie SPE-VOE-HU Erwägungen 6 (S. 8) und 18 (S. 14); SPE-VOE-K Begründung (7. Erläuterungen des Vorschlags – Kapitel I) S. 6 f.

⁵⁵⁶ Generell für die Zulässigkeit von Gesellschaftervereinbarungen *Martens*, Managementstrukturen, S. 59, 101, 145; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 844; zur GmbH z. B. *Michalski*, in: Michalski/GmbHG, § 3 Rn. 91 ff.; *Wicke*, in: MüKo-GmbHG, § 3 Rn. 128 ff.; zur Limited z. B. *Hannigan*, Company Law, mn. 4.61 et seqq. (pp. 100 et seqq.); *Davies*, Company Law, pp. 224 et seqq.

trägen Gebrauch macht. Indem die Unternehmen mithilfe der Regelungsaufträge nationales Recht aussperren können, ist das gesetzgeberische Instrument der Regelungsaufträge ein wesentliches Mittel zur Verwirklichung des *effet utile* der SPE-VO. Außerdem kann die Satzung Regelungen zur Umsetzung von Wahlrechten sowie sogenannte *Sonstige Satzungsregelungen* enthalten. Das auf die SPE-Satzung anwendbare Recht hängt davon ab, welcher Typ von Satzungsregelungen betroffen ist. Eine Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, dass der Verordnungsgeber einen *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* vorgibt. In diesem Rahmen darf der Satzungsgeber das Verordnungsunionsrecht durch Satzungsunionsrecht auch verschärfen. Die SPE ist keine „kleine SE“.

Innerhalb der Rechtsquellenpyramide nehmen Satzungsregelungen grundsätzlich eine Stellung zwischen Verordnungsregelungen und nationalem Recht ein. Die Verordnungsregelungen gehen Satzungsregelungen grundsätzlich vor. Das nationale Recht kann der Satzungsgeber dagegen grundsätzlich ausschließen, indem er von den an ihn gerichteten Regelungsaufträgen Gebrauch macht.

Die nationalen Gerichte müssen eine SPE-Satzung einheitlich und nach einem unionsrechtlichen Grundsatz objektiver Auslegung auslegen. Überschreitet der Satzungsgeber den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum, müssen solche „überschießenden“ unionsrechtlichen Satzungsregelungen soweit als möglich normerhaltend ausgelegt werden. Falls und sofern Satzungsunionsrecht nicht aufrechterhalten werden kann oder nationales Satzungsrecht gegen nationales Recht verstößt, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach dem jeweiligen nationalen Recht. Für die Schließung von Satzungslücken bieten sich verschiedene Wege an. Hierbei gilt nicht stets nationales Recht. In Betracht kommt vielmehr die Anwendung eines unionsrechtlichen Grundsatzes der ergänzenden Vertragsauslegung, einer salvatorischen Klausel und/oder einer mitgliedstaatlichen Mustersatzung, bevor ein Lückenschluss nach den allgemeinen Regeln des SPE-VOE-HU in Rede steht. Zuständig sind die nationalen Gerichte, aufgrund des privatautonomen Charakters der SPE-Satzungen allerdings ohne Vorlage an den *EuGH*.

Eine Bewältigung konzernspezifischer Probleme auf schuldrechtlicher Ebene kommt im transnationalen SPE-Konzern in Betracht, ist allerdings nicht das Mittel der Wahl. Denn anders als Satzungsregelungen können schuldrechtliche Vereinbarungen keine Regelungen auf unionsrechtlicher Ebene treffen.

C. Zusammenfassung Kapitel 3: Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern

Die SPE-VO ist die in der Normenhierarchie höchstrangige Rechtsgrundlage für die SPE. Zu ihrem Regelungsbereich zählen diejenigen Bereiche, für die der Verordnungsgeber im SPE-VOE-HU selbst inhaltliche Regelungen bzw. für die er Satzungsregelungsaufträge geschaffen hat. Die Positiv- und Negativ-Abgrenzungen im SPE-VOE-HU sprechen dafür, dass der Regelungsbeereich der SPE-VO grundsätzlich das gesamte *Gesellschaftsrecht*⁵⁵⁷ der SPE umfasst. Was zum Gesellschaftsrecht der SPE und zu den außerhalb des Regelungsbeereichs der SPE-VO beheimateten Materien gehört, ist europäisch-autonom unter hilfsweisem Rückgriff auf kollisionsrechtliche Grundsätze im Wege der Qualifikation zu entscheiden.

Danach lässt sich das Gesellschaftsrecht der SPE als das Recht begreifen, nach dem die Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis „entsteht, lebt und vergeht“. Sofern unionsrechtliche Regelungen fehlen, kommt über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU und die übrigen Verweisnormen das Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates zur

⁵⁵⁷ *Company law* bzw. *droit des sociétés*.

Anwendung. Das SPE-Konzernrecht fällt als Teil des Gesellschaftsrechts ebenfalls in den Regelungsbereich der SPE-VO. Der Verordnungsgeber strebt mit dem SPE-VOE-HU ein unionsweit weitestgehend einheitliches SPE-Konzernrecht an. Nicht über die Verweisungsnormen im SPE-VOE-HU, sondern nach allgemeinen Grundsätzen gilt das am Verwaltungssitz einer SPE geltende nationale Delikts- und Insolvenzrecht. Folglich kann die Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Delikts- bzw. Insolvenzrecht die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern enorm mindern. In Abgrenzung der verschiedenen Statute sind Rechtsfragen dann dem Personalstatut der SPE zuzuschlagen, wenn dies der unionsweiten bzw. konzernindividuellen Einheitlichkeit besonders zuträglich ist.

Der SPE-Satzung erkennt der Verordnungsgeber eine zentrale Rolle zu. Die Satzung kann aus Regelungen zur Umsetzung von Regelungsaufträgen und Wahlrechten und aus zusätzlich sogenannten *Sonstigen Satzungsregelungen* bestehen. Das auf die SPE-Satzung anwendbare Recht hängt davon ab, welcher Typ von Satzungsregelungen betroffen ist. Eine Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, dass der Verordnungsgeber einen *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* vorgibt. Die nationalen Gerichte haben eine SPE-Satzung einheitlich und nach einem unionsrechtlichen Grundsatz objektiver Auslegung zu interpretieren. Überschreitet der Satzungsgeber den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum, richtet sich die Folge dieses Verstoßes nach dem auf die betroffene Satzungsregelung anwendbaren Recht. Die nationalen Gerichte sind aufgerufen, Satzungslücken auf unionsrechtlicher Ebene zu schließen, bevor sie die allgemeinen Lückenschließungsregeln des SPE-VOE-HU anwenden. Eine Bewältigung konzernspezifischer Probleme auf schuldrechtlicher Ebene kommt im transnationalen SPE-Konzern in Betracht, ist allerdings nicht das Mittel der Wahl.

D. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern

I. Verordnungsgeber

1. Angesichts der vermehrt transnationalen Aktivitäten von Konzernen und der für Gesellschaften immer durchlässiger werdenden Grenzen⁵⁵⁸ stehen Konzerne in Europa vor einer Fülle rechtlicher Chancen und Herausforderungen. Richtigerweise hat der Unionsgesetzgeber hierin ein ganz grundsätzliches Problem der „*Entwicklungen des 21. Jahrhunderts*“⁵⁵⁹ erkannt, das unbedingt gelöst werden muss.⁵⁶⁰ Einen ersten Versuch stellten die SPE-VO-Entwürfe dar: Indem der Unionsgesetzgeber mit der SPE-VO effiziente SPE-Konzerne anstrebte,⁵⁶¹ strebte er auch ein unionsweit weitestgehend einheitliches SPE-Konzernrecht an.⁵⁶² Um die SPE-VO zu einer tragfähigen Lösungsgrundlage hierfür zu machen, sollte der Verordnungsgeber allerdings noch einige Punkte in der SPE-VO festschreiben.
2. Wie bereits ausgeführt empfiehlt es sich dem Verordnungsgeber zunächst, die Konzernierung als genuines Charakteristikum der SPE sowie einen Konzernbegriff in der SPE-VO festzuschreiben.⁵⁶³ Gleichzeitig sollte er klarstellen, was er unter einem Konzernrecht versteht. Entsprechend der organisations- und

⁵⁵⁸ Vgl. z. B. *Enge/Klett*, DStR 2012, S. 2442 ff.; *Wöhlert/Degen*, GWR 2012, S. 432 ff.

⁵⁵⁹ Mit dieser bedeutungsschwangeren Formulierung *Kommission*, Pressemitteilung v. 20. Februar 2012.

⁵⁶⁰ Ähnlich in Bezug auf das Konzernrecht *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 321 et seq.

⁵⁶¹ Vgl. Kapitel 2 H.

⁵⁶² Vgl. unter vorstehend A. I. 1. c) (2).

⁵⁶³ Vgl. Kapitel 2 J. I. 1. und 2.

schutzrechtlichen Dimension des Konzernrechts⁵⁶⁴ bietet es sich an, als Konzernrecht grundsätzlich der Gesamtbestand all derjenigen Regelungen zu definieren, die der *Konzernermöglichung* und dem Schutz vor den spezifischen *Konzerngefahren* für Gesellschafter und Gläubiger zu dienen bestimmt sind.⁵⁶⁵ Der Unionsgesetzgeber sollte ausdrücklich darauf hinweisen, dass das SPE-Konzernrecht als Teil des SPE-Gesellschaftsrechts gemäß Art. 4 Abs. 2 Alt. 1 SPE-VOE-HU in den Regelungsbereich der SPE-VO fällt.⁵⁶⁶ Entsprechend seiner Konzernrechtsdefinition sollte er ausdrücklich klarstellen, welche Normen er zumindest auch auf Konzerne bezogen wissen möchte.

3. Freilich kann ein solches Vorgehen vor einer Reihe von Schwierigkeiten stehen. Denn die mitgliedstaatlichen Rechte lösen konzernrelevante Fragen häufig mithilfe eines Sammelsuriums aus gesellschafts-, delikts- bzw. insolvenzrechtlichen Normen und Rechtsprechungsgrundsätzen.⁵⁶⁷ Möchte der Verordnungsgeber ausdrücklich konzernrelevante Regelungen treffen, könnten die Mitgliedstaaten ihm vorwerfen, er überschreite seine ausdrücklich auf das Gesellschaftsrecht gemünzten Regelungskompetenzen für die SPE-VO.⁵⁶⁸ Sie könnten ihm vorhalten, er wolle nationale Normen und Rechtsinstitute entweder als gesellschaftsrechtlich umqualifizieren oder im Sinne eines statutenübergreifenden Herkunftslandsprinzips einheitlich am Satzungssitz anknüpfen und greife damit unzulässigerweise in die Regelungshoheit der Mitgliedstaaten ein. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass der Verordnungsgeber europäisch-autonom bestimmen kann, was er zum Gesellschaftsrecht und damit zum Konzernrecht zählt. Insofern gehen seine Bestimmungen den nationalen Rechten vor. Mithin kommt es vornehmlich darauf an, für konzernrelevante Fragen ein kohärentes unionsrechtliches System zu finden, dass die in der EuInsVO definierte Reichweite des europäischen Insolvenzrechts berücksichtigt. Sofern bestimmte konzernrelevante Aspekte nicht zum Gesellschaftsrecht gezählt werden können und zwingend zum Insolvenzrecht zu zählen sind, wird freilich die Schaffung eines auf das Unionsgesellschaftsrecht abgestimmten materiellen Unionsinsolvenzrechts umso dringlicher.
4. Es ist zu begrüßen, dass der Verordnungsgeber der SPE-Satzung eine vorrangige und methodisch entscheidende Rolle einräumt.⁵⁶⁹ Damit die SPE-Satzung in der Unternehmenswirklichkeit diese Rolle tatsächlich ausfüllen kann, muss der Verordnungsgeber den Unternehmen aber auch Rechtssicherheit in Fragen der Satzungsgestaltung-, auslegung und -lückenfüllung geben. Daher sollte der Unionsgesetzgeber in der SPE-VO ausdrücklich klarstellen, dass für die Satzungsgestaltung ein *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* herrscht.⁵⁷⁰ Außerdem sollte er in der SPE-VO festschreiben, dass SPE-Satzungen einheitlich und nach einem europäischen Grundsatz objektiver Auslegung zu interpretieren sind.⁵⁷¹ Den Katalog in SPE-VO-Anhang I sollte der Verordnungsgeber um fakultative Regelungsaufträge zu salvatorischen Satzungsklauseln und Rechtswahlklauseln ergänzen.⁵⁷² Zusätzlich empfiehlt es sich klarzustellen,

⁵⁶⁴ Vgl. Kapitel 2 C.

⁵⁶⁵ Vgl. unter vorstehend A. I. 1. c) (2).

⁵⁶⁶ Vgl. unter vorstehend A. I. 1. c) (2) und 2.

⁵⁶⁷ Vgl. unter vorstehend A. I. 1. e).

⁵⁶⁸ Vgl. unter vorstehend A. I. 1. a).

⁵⁶⁹ Vgl. unter vorstehend B. IX.

⁵⁷⁰ Vgl. unter vorstehend B. III., IV.

⁵⁷¹ Vgl. unter vorstehend B. V.

⁵⁷² Vgl. unter vorstehend B. VII. 2. b) (1) und (2).

welche Wirkungsweise etwaige mitgliedstaatliche Mustersatzungen entfalten sollen.⁵⁷³ Abrundend sollte der Unionsgesetzgeber möglichst einen europäischen Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft, unbedingt jedoch einen europäischen Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung im SPE-Statut niederlegen.⁵⁷⁴

5. Die SPE-Verordnungsregelungen zur Schließung etwaiger Satzungslücken beschränken sich derzeit noch auf den Bereich fakultativer Regelungsaufträge. Zur Vermeidung von Zweifeln sollte der Unionsgesetzgeber diese Regelungen auf den Bereich obligatorischer Regelungsaufträge erstrecken. Hierdurch wird insbesondere in den Registerverfahren unnötige Zeit-, Kosten- und damit Effizienzverluste vorgebeugt.⁵⁷⁵
6. Im Zuge der Anpassungen während der tschechischen Ratspräsidentschaft wurde versehentlich versäumt, in der Lückenschließungsnorm des Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE klarzustellen, dass er sich auf „*Bereiche, die nicht in Artikel 8 Abs. 1 oder Anhang I genannt sind*“, bezieht. Diese Ergänzung sollte bei nächster Gelegenheit nachgeholt werden.⁵⁷⁶

II. Deutscher Gesetzgeber

1. Transnationale Konzerne betreffen als grundsätzliches Problem der „*Entwicklungen des 21. Jahrhunderts*“⁵⁷⁷ auch den deutschen Gesetzgeber. Mit seinem einseitigen Blick auf die als gefährlich empfundenen umgangssprachlich sogenannten „Scheinauslandsgesellschaften“ mit deutschem Verwaltungssitz neigen die deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung freilich dazu, konzernrelevante Fragen vermehrt nichtgesellschaftsrechtlichen Materien zuzuschlagen. Wendet der deutsche Gesetzgeber indes seinen Blick auf die notwendige Förderung transnationaler Konzerne, erweist sich diese Neigung als Bären dienst für transnationale Konzerne. Denn durch vermehrte delikts- und insolvenzrechtliche Qualifikationen zersplittert das Konzernrecht. Weil aber organisations- und schutzrechtliche Fragen eng miteinander verwoben sind, leidet unter dieser Zersplitterung die Effizienz für supranationale Rechtsformen und transnationale Konzerne erheblich. Mithin muss sich beim deutschen Gesetzgeber die Erkenntnis durchsetzen, dass im Wettbewerb der Rechtsformen und Rechtsordnungen der Ansatz nicht länger trägt, durch die schlichte Umqualifizierung von Normen deren Anwendbarkeit auf die betreffenden Gesellschaften sicherzustellen. Dieser Erkenntnis folgend muss sich der deutsche Gesetzgeber unbedingt für eine – wenn möglich unionsrechtliche – Lösung des Effizienzproblems für transnationale Konzerne einsetzen. Besonders greifbar ist die Lösung, das SPE-Statut unter Wahrung konzernrechtlicher Belange zuende zu verhandeln und in Deutschland zu implementieren.⁵⁷⁸

⁵⁷³ Vgl. unter vorstehend B. VII. 2. b) (3).

⁵⁷⁴ Vgl. unter vorstehend B. VII. 2. a) und b) (4).

⁵⁷⁵ Vgl. unter vorstehend B. VII. 2. b) (4).

⁵⁷⁶ Vgl. unter vorstehend B. II.

⁵⁷⁷ Vgl. unter soeben I. 1.

⁵⁷⁸ Vgl. unter vorstehend A. I. 1. e).

2. Nimmt Deutschland an dem SPE-Projekt teil, muss der deutsche Gesetzgeber ein SPE-Ausführungsgesetz erlassen. Hierbei muss er berücksichtigen, dass seine Gestaltungen sich von denjenigen des Verordnungsgebers ableiten und daher unionsrechtskonform sein müssen.⁵⁷⁹
3. Im Übrigen sollte der deutsche Gesetzgeber bei Erlass des SPE-Ausführungsgesetzes ein besonderes Augenmerk erstens auf das durch Spezialverweisungen geltende deutsche Recht und zweitens auf die Staatenwahlrechte richten. Machen die Unternehmen von Regelungsaufträgen Gebrauch, greift das nationale Recht nämlich nur dann ein, wenn es durch Spezialverweisungen und gebrauchte Staatenwahlrechte als Regelung der SPE-VO gilt. Im Übrigen schränkt das nationale Recht den Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers nicht ein – auch dann nicht, wenn es als zwingend ausgestaltet ist.⁵⁸⁰
4. Außerdem obliegt dem deutschen Gesetzgeber bei Erlass des SPE-Ausführungsgesetzes die Entscheidung, ob er gemäß SPE-VOE-HU Erwägung 8a eine offizielle Mustersatzung erlassen möchte oder nicht. Entscheidet er sich für eine deutsche SPE-Mustersatzung, sollte er im SPE-Ausführungsgesetz konkret erwähnen, dass er sich auf SPE-VOE-HU Erwägung 8a stützt. In jedem Fall muss der deutsche Gesetzgeber aber berücksichtigen, dass Mustersatzungen nur eine gründungserleichternde Funktion haben können und nationales Recht im Übrigen nicht zur Anwendung kommt.⁵⁸¹

III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern

1. Transnationale Konzerne betreffen als grundsätzliches Problem der „*Entwicklungen des 21. Jahrhunderts*“ den Verordnungsgeber ebenso wie den deutschen Gesetzgeber. Auf europäischer und nationaler Ebene müssen dringend Lösungen dafür gefunden werden, wie die Effizienz für transnationale Konzerne gesteigert werden kann.
2. Für die Lösungsfindung muss zunächst diskutiert und beantwortet werden, unter welchen Voraussetzungen ein Konzern vorliegt und welche Rechtsfragen zum Konzernrecht zählen. Darüberhinaus muss diskutiert und beantwortet werden, ob und inwiefern konzernrelevante Fragen auf gesellschafts-, delikts- und insolvenzrechtlichem Wege beantwortet werden. Hier gilt es ein kohärentes System zu finden, um die in mehr oder minder großer Zahl vorhandenen „Scheinauslandsgesellschaften“ in notwendige Schranken zu weisen, ohne gleichzeitig die für die Volkswirtschaften enorm wichtigen transnationalen Konzerne ungerechtfertigt zu belasten.

⁵⁷⁹ Vgl. unter vorstehend A. II.

⁵⁸⁰ Vgl. unter vorstehend B. III. 2., IV.

⁵⁸¹ Vgl. unter vorstehend B. VII. 2. b) (3).

Kapitel 4 Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern

A. Arten nationaler Regelungen und Stellung in der Rechtsquellenpyramide

Nationales Recht gilt im Regelungsbereich der SPE-VO vorbehaltlich der SPE-VO und damit auch vorbehaltlich derjenigen Satzungsregelungen, die Regelungsaufträge und Wahlrechte umsetzen.⁵⁸² Innerhalb des nationalen Rechts sind die ranghöchsten Vorschriften die Vorschriften der SPE-Ausführungsgesetze,⁵⁸³ und zwar unabhängig davon, ob die entsprechende Verweisungsnorm auf sie ausdrücklich Bezug nimmt oder nicht.⁵⁸⁴ Nach Wortlaut und Systematik von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU und dem Spezialitätsgrundsatz haben die SPE-Ausführungsgesetze Vorrang vor dem allgemeinen nationalen GmbH-Recht,⁵⁸⁵ das seinerseits aus Spezialitätsgründen Vorrang vor dem allgemeinen nationalen Verkehrsrecht hat. Lückenfüllendes nationales Recht ist verordnungs- bzw. unionsrechtskonform auszulegen.⁵⁸⁶

Anlass zum Erlass der SPE-Ausführungsgesetze sind grundsätzlich nur⁵⁸⁷ die an die Mitgliedstaaten gerichteten Regelungsaufträge und Wahlrechte des Verordnungsgebers.⁵⁸⁸ Regelungsaufträge sind ausdrückliche Aufträge zur Regelung bestimmter Punkte durch das nationale Recht. Sie finden sich beispielsweise in den Bereichen Anwendungsgewährleistung bzw. Rechtmäßigkeits- und Mißbrauchskontrolle,⁵⁸⁹ aber auch im Bereich der Strukturmaßnahmen.⁵⁹⁰ Wahlrechte sind Öffnungsklauseln, wie z. B. für das Heraufsetzen der Mindeststammkapitalziffer oder das Verschreiben eines Solvenztests.⁵⁹¹ Während die Regelungsaufträge für die am SPE-Vorhaben beteiligten Mitgliedstaaten verpflichtend sind,⁵⁹² sind die Wahlrechte bloß fakultativer Natur. Das ergibt sich aus dem Wortlaut vornehmlich der englischen Fassung des SPE-VOE-HU,⁵⁹³ aber auch aus systematisch-teleologischen

⁵⁸² Vgl. Kapitel 3 A. II. und B. IV.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 20, 22; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 99, 101 ff., 131; unentschieden *DAV*, Stellungnahme, Punkt 142, S. 38.

⁵⁸³ Ebenso *Jung*, GesRZ 2012, 153, 158; *dies.*, Kapitalverfassung, S. 83, zum Verweis auf Richtlinienumsetzungsrecht S. 85 ff.; sollte sich Deutschland an dem SPE-Projekt beteiligen, wären Art. 74 Abs. 1 Nrn. 1 und 11 sowie Art. 72 Abs. 2 GG die Grundlage hierfür; im Zusammenhang mit der SE vgl. SEEG-RegE Begründung S. 1; vgl. auch *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 104 et seq., 113; zur Bedeutung der Niederlassungsfreiheit *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 674.

⁵⁸⁴ A. A. *Jung*, GesRZ 2012, 153, 155, 157, 159; *dies.*, Kapitalverfassung, S. 89 ff., 91 ff., 100.

⁵⁸⁵ Auf Basis des SPE-VOE-HU im Ergebnis ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 87 f., 99; auf Basis des SPE-VOE-SE *Culmann*, SPE in der Krise, S. 59 (mit Fn. 194); in Bezug auf die SE z. B. *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 2.

⁵⁸⁶ Ebenso *Jung*, GesRZ 2012, 153, 156; grundsätzlich a. A. *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 80; allgemein *Ruffert*, in: Calliess/ders./EUV-AEUV-Kommentar, Art. 1 AEUV Rn. 24; *Borchardt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 15 Rn. 9; *Schmidt*, JuS 2003, 649 ff.

⁵⁸⁷ A. A. *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 126 ff., vgl. auch S. 117, 120, 168 f.

⁵⁸⁸ Mit abweichender Terminologie *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 117, 120, vgl. aber auch S. 168 f.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 92 ff.

⁵⁸⁹ Artt. 44, 45 SPE-VOE-HU; kritisch zum SPE-VOE-K *DAV*, Stellungnahme, Punkt 142, S. 38.

⁵⁹⁰ Art. 5b Abs. 0, Art. 30 Abs. 1, Art. 38 Abs. 2 und 4.

⁵⁹¹ Art. 19 Abs. 3, Art. 21 Abs. 4; im Übrigen Vgl. Art. 5b Abs. 8, Art. 5b Abs. 9, Art. 9 Abs. 2a, Art. 15 Abs. 6, Art. 15 Abs. 7, 19 Abs. 3, Art. 20 Abs. 1a, Art. 21 Abs. 4, Art. 24 Abs. 4, Art. 27 Abs. 4, Art. 28 Abs. 1aO, Art. 43 Abs. 1, Art. 43 Abs. 2, jeweils SPE-VOE-HU.

⁵⁹² Ebenso in Bezug auf die SE *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 12; a. A. *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 117, 120, 137.

⁵⁹³ *Shall* im Vergleich zu *may*.

Erwägungen.⁵⁹⁴ Denn würden die Mitgliedstaaten die Regelungsaufträge nicht umsetzen, würde das für die SPE geltende Normengefüge an nicht gewollten und unüberbrückbaren Lücken leiden. Machen sie demgegenüber von Wahlrechten keinen Gebrauch, sieht die SPE-VO selbst Auffangregelungen vor, sodass das Regelungssystem unbeschadet funktioniert.

B. Dreistufige Rechtsquellenpyramide

Berücksichtigt man die Stellung der SPE-VO, der SPE-Satzung und des nationalen Rechts in der Rechtsquellenpyramide,⁵⁹⁵ ist fraglich, welche Anzahl von Hierarchieebenen sich im SPE-Konzern insgesamt ergibt. Bei der SE ist umstritten, ob die für die SE geltenden Normen in eine vier-, fünf-, sechs- oder gar neunstufige Rechtsquellenpyramide zu bringen sind.⁵⁹⁶

Bei der SPE könnte man auf den ersten Blick zu einer zehnstufigen (!) Normenhierarchie gelangen. An allererster Stelle kommen die zwingenden Vorschriften der SPE-VO. An zweiter Stelle folgen die nationalen SPE-Ausführungsgesetze, soweit die SPE-VO auf diese durch Spezialverweisungen Bezug nimmt, und soweit diese in der SPE-VO genannte Wahlrechten nutzen und bestimmte, als Annex zum Unionsrecht erlassene Regelungsaufträge umsetzen. An dritter Stelle ist das allgemeine nationale GmbH-Recht zu nennen, soweit die SPE-VO auf dieses durch Spezialverweisungen Bezug nimmt. An vierter Stelle kommt die Satzung, soweit diese von in der SPE-VO gewährten Satzungsregelungsaufträgen und -wahlrechten Gebrauch macht. An fünfter Stelle folgt das dispositive Recht der SPE-VO. An sechster Stelle kommen die zwingenden Regelungen der SPE-Ausführungsgesetze, sofern diese bestimmte andere Regelungsaufträge umsetzen, die die Verordnungsdurchführung an den Schnittstellen zum nationalen Recht sicherstellen. An die siebte Stelle tritt das zwingende nationale GmbH-Recht. An achter Stelle folgen Satzungsregelungen in Abweichung vom dispositiven nationalen GmbH-Recht. An neunter Stelle sind ggf. bestehende dispositive Regelungen der SPE-Ausführungsgesetze zu nennen, bevor schließlich an zehnter Stelle das dispositive nationale GmbH-Recht zur Anwendung gelangt.

Eine solche zehnstufige Strukturierung ist allerdings nicht nur lang und verwirrt durch die mehrfache Nennung der verschiedenen Rechtsquellen auf verschiedenen Stufen. Sie lässt auch ein Schema der Abhängigkeiten der verschiedenen Rechtsquellen erkennen. Die SPE-VO ermächtigt den Satzungsgeber und die Mitgliedstaaten durch Regelungsaufträge und Wahlrechte zu Regelungen und baut bestimmte mitgliedstaatliche Vorschriften gezielt in ihr Regelungskorsett mit ein.

Sofern jenseits dessen nationales Recht anwendbar ist, stehen Satzungsregelungen unter dessen Vorbehalt. In beiden Fällen gehen innerhalb des nationalen Rechts die Regelungen der SPE-Ausführungsgesetze denjenigen des allgemeinen GmbH-Rechts vor.

⁵⁹⁴ Selbst wenn Erwägungen 6b und 18 SPE-VOE-HU (S. 9, 14) das nicht allzu deutlich formulieren.

⁵⁹⁵ Vgl. Kapitel 3 A. II. und B. IV. sowie unter vorstehend A.

⁵⁹⁶ Für eine vierstufige Normenhierarchie: *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 373; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 2, 47; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 9 Rn. 21; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 5; für eine fünfstufige Normenhierarchie: *Wendt*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht, Kap. D Rn. 925 ff.; DAV, Stellungnahme, Punkt 15, S. 6; *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 256; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 41 Rn. 25 ff.; *Nagel*, NZG 2004, 833, 834; ggf. auch *Brandt/Scheifele*, DStR 2002, 547, 555; für eine sechsstufige Normenhierarchie: *Wagner*, NZG 2002, 985, 986; für eine neunstufige Normenhierarchie: *Kübler*, in: MüKo-AktG, Einführung SE Rn. 20.

Mithin ergibt sich eine dreistufige Normenhierarchie: An erster Rangstelle steht die SPE-VO, es folgen die SPE-Ausführungsgesetze und schließlich das allgemeine nationale GmbH-Recht. Die Satzung ist trotz ihrer wesentlichen Stellung nicht in die Normenhierarchie aufzunehmen. Denn die verschiedenen Arten von Satzungsregelungen haben unterschiedliche Funktionen und müssen sich an unterschiedlichen Regelungen messen lassen.⁵⁹⁷ Daher ist es angebracht, bei jeder möglichen Satzungsregelung zu hinterfragen, auf welcher Ebene sie „ange-dockt“ ist, und die Satzungsregelung auf der betreffenden Ebene zu verorten.

Folglich ergibt eine Gesamtschau der für die SPE geltenden Rechtsnormen ähnlich der SE eine insgesamt dreistufige Rechtsquellenpyramide,⁵⁹⁸ allerdings unter dem Vorzeichen der die SPE kennzeichnenden Privatautonomie im Vergleich zur SE in abgewandelter Form.

C. Ergänzungsbedürftigkeit des SPE-VOE-HU

I. Bestehen einer zu schließenden Lücke

Die SPE-VO ist von Natur aus lückenhaft, weil sie nicht alles regeln kann und zumindest aus politischen Gesichtspunkten auch nicht alles regeln will.⁵⁹⁹ Bevor Lücken geschlossen werden, muss der SPE-VOE-HU jedoch als Erstes in europäisch-autonomer Weise daraufhin ausgelegt werden, erstens *ob* überhaupt eine Lücke im Rechtssinne besteht, zweitens *ob* diese Lücke zu schließen ist, und drittens *wie* diese Lücke zu schließen ist.

Sofern ein Bereich im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Alt. 1 SPE-VOE-HU durch die SPE-VO nicht nur teilweise, sondern vollständig geregelt ist, sieht der Ordnungsgeber die betreffenden Ordnungsregelungen als *abschließend* an.⁶⁰⁰ Damit ein Punkt als abschließend geregelt anzusehen ist, muss er in den Regelungsbereich der SPE-VO fallen.⁶⁰¹ Außerdem muss jede einzelne Norm⁶⁰² unter Berücksichtigung des Gesamtkonzepts der SPE-VO bzw. des Europäischen Gesellschaftsrechts⁶⁰³ ausgelegt werden.⁶⁰⁴ Bejaht man den Willen zu einer abschließenden

⁵⁹⁷ Zu den unterschiedlichen Methoden zur Lückenfüllung vgl. Kapitel 3 VII.

⁵⁹⁸ Auf Grundlage des SPE-VOE-K für eine dreistufige Normenhierarchie: *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 – These 5; *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 256; *DAV*, Stellungnahme, Punkte 15 und 16, S. 6 f.; *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 286; *Lazic*, EPG-VO, S. 6; wohl ebenfalls *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 61; wohl für eine vierstufige Normenhierarchie *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 270 ff.; auf Grundlage des SPE-VOE-SE für eine dreistufige Normenhierarchie *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 51 ff.; für eine vierstufige Normenhierarchie: *Jung*, BB 2010, 1233, 1234; *Brüggemeier*, Funktion von Regelungsaufträgen, S. 10 f.; auf Grundlage des SPE-VOE-HU für eine vierstufige Normenhierarchie *Jung*, GesRZ 2012, 153, 157 ff., *dies.*, Kapitalverfassung, S. 109, 385; für eine fünfstufige Normenhierarchie: *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 567 f.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 20 ff.; auf Grundlage des SPE-VOE-SE vgl. auch *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 3 f.

⁵⁹⁹ Vgl. *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 9 f. – Lückenhaftigkeit als Charakteristikum; *Chiu*, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 49; vgl. auch *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 119.

⁶⁰⁰ So wohl auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff., 77; ggf. auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 114 ff., 117 f.

⁶⁰¹ Ebenso *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 223; im Hinblick auf Analogieschlüsse bei der SE *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 136; zum Regelungsbereich der SPE-VO vgl. Kapitel 3 I.

⁶⁰² Ebenso *EuGH*, Urteil v. 19. November 1996 – C-42/95, DStR 1997, 37 ff. – *Siemens/Nold*; zuvor bereits *Tesaro*, Schlussanträge v. 19. September 1996, Rs. C-004/95, BeckEuRS 1996, 212402 – *Siemens/Nold*; im Ergebnis auch *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 57; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1915; allgemein und ausführlich zum Richtlinienrecht *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 26 ff.

⁶⁰³ Ebenso zum Europäischen Gesellschaftsrecht *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 22; *Mülbert*, in: FS Lutter, S. 535, 551; *Schön*, RabelsZ 64 (2000), 1, 23.

Regelung, kann entweder aufgrund eines *beredten Schweigens* des Verordnungsgebers bereits eine Lücke zu verneinen sein.⁶⁰⁵ Dann erübrigen sich weitergehende Überlegungen zum Lückenschluss.⁶⁰⁶ Oder aber die Auslegung ergibt, dass ein Punkt planwidrig nicht geregelt und die SPE-VO damit lückenhaft ist.⁶⁰⁷ Anschließend ist zu klären, ob und wie die Lücke auf unions- oder nationalrechtlicher Ebene zu schließen ist.⁶⁰⁸

Sofern der Verordnungsgeber dagegen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Alt. 2 SPE-VOE-HU einen Punkt im Regelungsbereich der SPE-VO als durch das Unionsrecht nur teilweise abgedeckt ansieht, versteht er das Unionsrecht als *nichtabschließend*. In diesem Fall ist der SPE-VOE-HU lückenhaft.⁶⁰⁹ Eine Lücke in *nichtabschließend* geregelten Bereichen kann bewusst gelassen worden sein mit der Intention, dass sie anderweitig geschlossen wird. Lücken in *nichtabschließend* geregelten Bereichen können aber auch versehentlich, also planwidrig, entstanden sein. Anschließend ist zu klären, ob und wie die Lücke auf unions- oder nationalrechtlicher Ebene zu schließen ist.

II. Abschließende und nichtabschließende Regelungen unter dem Gesichtspunkt der Effizienz im transnationalen Konzern

1. Effizienzsteigerung als Ziel des SPE-VOE-HU

Der Unionsgesetzgeber verfolgt mit dem SPE-VOE-HU das grundlegende Ziel, die Effizienz in transnationalen Unternehmen und Unternehmensgruppen zu steigern, indem Kosten gesenkt und die Rechtssicherheit erhöht werden.⁶¹⁰ Das zentrale Mittel für die Erreichung dieses Ziels ist, die SPE unionsweit möglichst einheitlich zu gestalten.⁶¹¹ Nicht die bloße Harmonisierung bzw. Rechtsangleichung ist Ziel des SPE-VOE-HU, sondern ein einheitliches supranationales Recht bzw. Rechtseinheitlichkeit.⁶¹² Um also den *effet utile* der SPE-VO zu verwirklichen, muss der SPE-VOE-HU mithin soweit als möglich so ausgelegt und angewendet werden, dass Unionsrecht zur Anwendung kommt, bevor nationales Recht gilt. Das nationale Recht der Mitgliedstaaten soll demgegenüber möglichst wenig zur Anwendung kommen, um zwischen SPEs verschiedener Provenienz so wenige Abweichungen wie nur möglich zu erreichen.⁶¹³ Gerade wegen dieser Messlatte gestalteten sich die Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten als so zäh und schwierig.

Die vom Unionsgesetzgeber erstrebte Rechtseinheitlichkeit wird gestört, wenn und soweit in einzelnen Mitgliedstaaten strengere oder anderweitig abweichende Anforderungen gelten. Das hob der Unionsgesetzgeber im

⁶⁰⁴ So wohl auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff., 77.

⁶⁰⁵ So wohl auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff., 77.; allgemein *Neuner*, in: *Riesenhuber/Methodenlehre*, § 12 Rn. 28 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 832 ff., 878 ff. (S. 495 ff., 516 ff.).

⁶⁰⁶ So auch *Jung*, GesRZ 2012, 153, 160; *Arens*, Der Konzern 2010, 395, 399 f.; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff., 77.

⁶⁰⁷ Ebenso *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 199; *Jung*, GesRZ 2012, 153, 160; *Teichmann*, in: *ECFR-Special* 2013, pp. 71, 88 et seq.; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff., 77; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 65, 68, 75 f., 79 f., 89, 91, 91 f., 109, 127, 132, 277, 279, 284 ff.

⁶⁰⁸ Ebenso für die SE *Veil*, in: *KK-AktG*, Art. 9 SE-VO Rn. 57, 68.

⁶⁰⁹ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff., 77; wohl ebenso auf Basis des SPE-VOE-HU *Jung*, Kapitalverfassung, S. 114 ff., 118 ff.

⁶¹⁰ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 2, 5 (S. 7); Kapitel 2 H.

⁶¹¹ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 1, 2, 3, 5 (S. 6, 7); Kapitel 2 H.

⁶¹² Vgl. hierzu Kapitel 2 H.

⁶¹³ Vgl. hierzu Kapitel 2 H.

SPE-Verordnungsgebungsverfahren ausdrücklich hervor.⁶¹⁴ Es kommt in Betracht, dass die bezweckte Effizienz, also der *effet utile* der SPE-VO,⁶¹⁵ eher durch *abschließende* Regelungen erreicht werden kann. Dann verböte es sich grundsätzlich, die im SPE-VOE-HU enthaltenen Normen als *nichtabschließend* anzusehen.

2. Verbleibende Rechtszersplitterungen bei der SE

Was geschieht, wenn Normen als lediglich *nichtabschließend* verstanden werden, verdeutlicht die SE-VO. Die SE-VO verweist an zahlreichen Stellen auf das durch die Kapitalrichtlinie harmonisierte nationale Recht.⁶¹⁶

Die Kapitalrichtlinie hat zum Ziel, zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit in einer von mehreren Stufen „soweit erforderlich die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“ und ein „Mindestmaß an Gleichwertigkeit“ zu erreichen.⁶¹⁷ Sie bezweckt eine Harmonisierung der nationalen Rechte,⁶¹⁸ also eine bloße Rechtsangleichung.⁶¹⁹ Bei der Auslegung der Kapitalrichtlinie wie auch von anderen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien hat sich in der unionsrechtlichen Literatur die methodische Unterscheidung in sogenannte *Mindest- und Höchstnormen* durchgesetzt.⁶²⁰ Hierbei wird der Blick auf die Strenge der betreffenden Normen gerichtet.⁶²¹ Danach werden unionsrechtliche Regelungen als *Höchstnormen* deklariert, wenn sie als *abschließend* angesehen werden und der durch sie gesetzte Standard folglich durch nationales Recht nicht verschärft werden darf. Bei solchen *abschließenden* Regelungen verbietet sich ein Lückenschluss, sofern keine planwidrige Regelungslücke vorliegt.⁶²² Handelt es sich beim Unionsrecht dagegen um *nichtabschließende* bloße *Mindestnormen*, darf es durch mitgliedstaatliches Recht verschärft werden. Die Mitgliedstaaten begreifen die Kapitalrichtlinie tendentiell als *nichtabschließend* bzw. *Mindeststandard*, um ihr vertrautes und als „richtig“ empfundenes nationales Recht anwenden zu können.⁶²³ Das hat zur Folge, dass die nationalen Rechte im Regelungsbereich der Kapitalrichtlinie nach wie vor erheblich divergieren.⁶²⁴

Bei Schaffung der SE als supranationaler Rechtsform kam es dem Verordnungsgeber eigentlich darauf an, im Ländervergleich nicht nur vergleichbare, sondern identische Rahmenbedingungen zu schaffen.⁶²⁵ Indem die SE-

⁶¹⁴ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 2 (S. 3).

⁶¹⁵ Vgl. Kapitel 2 H.

⁶¹⁶ Vgl. Wenz, in: KK-AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 3, 13; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 5 SE-VO Rn. 3; Mayer, in: Manz/dies./Schröder, SE-Kommentar, Art. 5 SE-VO Rn. 1, 11; zur anderen Situation bei der kleinen Kapitalgesellschaft Neye, in: FS Hüffer, 717, 719; Conac, ECFR 2013, 194, 198; Schmidt, in: Aktuelles GmbH-Recht, S. 8, 30 ff.; zur SPE als Gegensatz zur SE Isiki, SPE, S. 17.

⁶¹⁷ Vgl. die Erwägungen zur Kapitalrichtlinie; Drinkuth, Kapitalrichtlinie, S. 93; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1458.

⁶¹⁸ Vgl. Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1458 f.; Lutter, in: FS Everling, S. 765, 771, 776 f.; Einsele, NJW 1996, 2681, 2684.

⁶¹⁹ Ebenso Schmidt, Societas Europaea, S. 76.

⁶²⁰ Eingehend im Hinblick auf die Kapitalrichtlinie Drinkuth, Kapitalrichtlinie.

⁶²¹ Zum *local hill*-Phänomen im Vergleich nationaler Rechte Krolop, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 46, 69.

⁶²² Vgl. unter vorstehend I.

⁶²³ Vgl. Wenz, in: KK-AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 12; skeptisch Kindler, ZHR 158 (1994), 339, 352 ff.

⁶²⁴ Mit diesem Hinweis Bayer, in: MüKo-AktG, § 57 AktG Rn. 245.

⁶²⁵ Vgl. SE-VO Erwägung 6 (S. 1).

VO allerdings großflächig auf das durch die Kapitalrichtlinie harmonisierte nationale Recht verweist,⁶²⁶ entstehen 28 verschiedene Rechtsformen unter dem Deckmantel einer supranationalen Rechtsform.⁶²⁷ Dementsprechend zeigt die SE-VO in Verbindung mit der Kapitalrichtlinie, dass *nichtabschließendes* Unionsrecht den Flickenteppich nationaler Regelungen grundsätzlich bestehen lässt.⁶²⁸ Rechtszersplitterungen sind für Unternehmen aber wenig attraktiv, weil hierdurch Kosten und Rechtsunsicherheiten steigen.⁶²⁹ Folglich können *nichtabschließende* Regelungen bzw. *Mindestnormen* die Effizienz im transnationalen Konzern nicht oder allenfalls wenig steigern.

3. Unionsweite Rechtseinheitlichkeit bei der SPE

Vor dem Hintergrund des *effet utile* der SPE-VO und der mit der SE gesammelten Erfahrungen⁶³⁰ ist also fraglich, ob und inwiefern der Unionsgesetzgeber die Regelungen im SPE-VOE-HU als *abschließend* oder *nichtabschließend* ansieht.

a) Abschließende Regelungen

Wie ausgeführt ist ein gemäß Art. 4 Abs. 2 Alt. 1 SPE-VOE-HU durch die SPE-VO vollständig geregelter Punkt als *abschließend* geregelt anzusehen.⁶³¹

Fraglich ist zunächst, ob das nationale Recht das Unionsrecht in *abschließend* geregelten Bereichen *verschärfen* darf. Die Verwirklichung des *effet utile* der SPE-VO wird gehindert, wenn und soweit in einzelnen Mitgliedstaaten strengere oder anderweitig abweichende Anforderungen gelten.⁶³² Dürfte mitgliedstaatliches Recht das Unionsrecht in *abschließend* geregelten Bereichen verschärfen, würde dies die Rechtseinheitlichkeit und damit die Verwirklichung des *effet utile* stören. Mitgliedstaatliches Recht darf das Unionsrecht also grundsätzlich nicht verschärfen. Daher kann es nicht darauf ankommen, ob eine nationale Norm als dem Unionsrecht gleichwertig⁶³³ oder als bloße Konkretisierung desselben⁶³⁴ anzusehen ist oder nicht. Anders als bei international mobilen nationalen Gesellschaften kommt es bei der nicht notwendigerweise international mobilen SPE auch nicht primär darauf an, ob und inwiefern das Eindringen nationalen Rechts mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist.⁶³⁵ Aus diesen Gründen geht die im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien vertretene Ansicht fehl, die Einordnung als *Mindestnorm* sei deshalb geboten, weil sie den Wettbewerb der Gesellschaftsrechte

⁶²⁶ Vgl. Wenz, in: KK-AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 3, 13; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 5 SE-VO Rn. 3; Mayer, in: Manz/dies./Schröder, SE-Kommentar, Art. 5 SE-VO Rn. 1, 11; zur anderen Situation bei der kleinen Kapitalgesellschaft Neye, in: FS Hüffer, 717, 719; Conac, ECFR 2013, 194, 198; Schmidt, in: Aktuelles GmbH-Recht, S. 8, 30 ff.

⁶²⁷ Vgl. Oechseler, in: MüKo-AktG, Vorbem. Art. 1 SE-VO Rn. 11.

⁶²⁸ Mit diesem Hinweis Bayer, in: MüKo-AktG, § 57 AktG Rn. 245.

⁶²⁹ Reflection Group, ECFR 2013, 304, 323; Drinkuth, Kapitalrichtlinie, S. 174 f.

⁶³⁰ Vgl. auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 35 ff.

⁶³¹ Vgl. unter vorstehend I.

⁶³² Vgl. hierzu Kapitel 2 H.

⁶³³ So aber Natterer, ZIP 1995, 1481, 1485.

⁶³⁴ So aber zur Kapitalrichtlinie Pentz, in: MüKo-AktG, § 27 Rn. 87; Polley, in: Heidel/Aktienrecht, § 27 AktG Rn. 40; allgemein und zu Art. 11 Kapitalrichtlinie Drinkuth, Kapitalrichtlinie, S. 57, 63 f., 84, 174; in dieselbe Richtung in Bezug auf die Kapitalrichtlinie Lutter, in: FS Eveling, S. 765, 771, 775; eher mit umgekehrter Argumentationsrichtung ARUG-Beschlussempfehlung, S. 36 f.

⁶³⁵ Ähnlich Krolop, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 42.

fördere und damit im Dienste der Niederlassungsfreiheit stehe.⁶³⁶ Folglich darf nationales Recht das Unionsrecht im Bereich *abschließend* geregelter Punkte grundsätzlich nur dort verschärfen, wo der Verordnungsgeber dies ausdrücklich zulässt.

Verordnungsregelungen, die einen Punkt vollständig regeln sollen, könnten aber möglicherweise durch nationales Recht *ergänzt* werden. Indem der Verordnungsgeber einen Punkt vollständig regeln möchte, macht er deutlich, dass er eigentlich keine Ergänzung der Verordnungsregelungen wünscht. Nationales Recht darf in diesem Bereich also grundsätzlich nur insoweit herangezogen werden, wie eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Um die unionsweite Einheitlichkeit der SPE zu fördern, darf eine planwidrige Regelungslücke nur ausnahmsweise angenommen werden. Außerdem muss möglicherweise vorrangig versucht werden, die Lücke auf unionsrechtlicher Ebene zu schließen.⁶³⁷ Erst danach kommt nationales Recht zur Anwendung. Um die unionsweite Einheitlichkeit der SPE nicht zu gefährden, darf nationales Recht in diesem Fall das Unionsrecht freilich nur ergänzen, nicht aber verschärfen.⁶³⁸

Außerdem ist eine Ergänzung durch nationales Recht ausnahmsweise dann zulässig, wenn eine unionsrechtliche Norm ohne nationalrechtliche Unterstützung praktisch leerlaufen würde und die Hinzuziehung nationalen Rechts zur Verwirklichung des *effet utile* notwendig ist.⁶³⁹ Schließlich ist eine Ergänzung durch nationales Recht noch dann ausnahmsweise als zulässig anzusehen, wenn die Unternehmen mit der Absicht zur Umgehung unionsrechtlicher Schutzstandards handeln und daher ihr Vertrauen auf unionsweit einheitliche Regelungen nicht schutzwürdig ist.⁶⁴⁰

Indem abschließende Regelungen die unionsweite Einheitlichkeit der SPE und damit den *effet utile* der SPE-VO in besonderem Maße fördern, sind Regelungen im SPE-VOE-HU grundsätzlich als *abschließend* anzusehen. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass ein Punkt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Alt. 1 SPE-VOE-HU durch die SPE-VO vollständig geregelt ist.

b) Nichtabschließende Regelungen

Ein gemäß Art. 4 Abs. 2 Alt. 2 SPE-VOE-HU nur teilweise geregelter Punkt ist als *nichtabschließend* geregelt anzusehen.⁶⁴¹

Fraglich ist zunächst, ob das nationale Recht das Unionsrecht in *nichtabschließend* geregelten Bereichen *verschärfen* darf. Wie erwähnt stören Verschärfungen die unionsweite Einheitlichkeit der SPE und sind daher vom

⁶³⁶ So aber zum Richtlinienrecht *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 42 f.; ähnlich bereits *Lutter*, in: FS Everling, S. 765, 776 f.

⁶³⁷ Vgl. detailliert unter nachfolgend D.

⁶³⁸ Ebenso wohl *Martens*, Managementstrukturen, S. 133; unklar auf Basis wohl des SPE-VOE-K *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 286, 296; offenlassend *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 147; a. A. zur Kapitalrichtlinie *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 69 ff.

⁶³⁹ So z. B. in Bezug auf den Kapitalaufbringungsschutz in der SE *Mayer*, in: Manz/dies./Schröder, SE-Kommentar, Art. 5 SE-VO Rn. 10; allgemein *Altmeyden/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 145.

⁶⁴⁰ So zur Kapitalrichtlinie *Tesouro*, Schlussanträge v. 8. April 1992, Rs. C-C008/91, BeckEuRS 1992, 190212 – *Meilicke/ADV-ORGA AG*; *Einsele*, NJW 1996, 2681, 2684; kritisch zum Ausnahmefall *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 42.

⁶⁴¹ Vgl. unter vorstehend I.

Unionsgesetzgeber grundsätzlich unerwünscht.⁶⁴² Die unionsweite Einheitlichkeit wird gestört unabhängig davon, ob Unionsrecht in *abschließend* oder *nichtabschließend* geregelten Bereichen verschärft wird. Daher darf das nationale Recht das Unionsrecht auch in *nichtabschließend* geregelten Bereichen grundsätzlich nicht verschärfen.⁶⁴³

In Betracht kommt vielmehr, dass Verordnungsregelungen, die einen Punkt nur teilweise regeln sollen, durch nationales Recht *ergänzt* werden. Nach Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU gilt für solche Bereiche vorbehaltlich des Verordnungs- und Satzungsunionsrechts das jeweilige nationale Recht. Nach Vorstellung des Unionsgesetzgebers sind *nichtabschließende* Verordnungsregelungen auf nationalrechtliche Ergänzungen angelegt, und zwar auch auf Ergänzungen in Gestalt *Sonstiger Satzungsregelungen*.⁶⁴⁴ Allerdings kommt nationales Recht nur vorbehaltlich des Unionsrechts zu Anwendung. Dies ist aus Gründen des *effet utile* möglicherweise so zu verstehen, dass auch bei *nichtabschließenden* Regelungen eine Schließung durch nationales Recht erst in Betracht kommt, wenn und soweit die Lücke nicht auf unionsrechtlicher Ebene ausgefüllt werden kann.⁶⁴⁵

4. Indizien für abschließende und nichtabschließende Regelungen

Fraglich ist, welche Indizien bei der Auslegung des SPE-VOE-HU für *abschließende* bzw. *nichtabschließende* Regelungen sprechen. Aufgrund der europäisch-autonomen Auslegung des SPE-VOE-HU verbieten sich freilich Rückschlüsse vom nationalen Recht auf das Unionsrecht. So darf beispielsweise nicht von einer strengeren nationalen Regelung auf einen *abschließenden* Charakter der betreffenden Verordnungsregelung geschlossen werden.

a) Indizien für abschließende Regelungen

Zunächst könnten also bestimmte Indizien für *abschließende* Regelungen sprechen. Lücken in abschließenden Regelungen sind nur dann zu schließen, wenn die Auslegung des SPE-VOE-HU ausnahmsweise ergibt, dass ein Punkt planwidrig nicht geregelt und die SPE-VO damit lückenhaft ist.⁶⁴⁶

Für eine *abschließende* Regelung können systematische Erwägungen sprechen. Für eine abschließende Regelung spricht zunächst ein hoher Detaillierungsgrad einer Regelung. Als *abschließend* geregelt könnten aber auch solche Bereiche zu betrachten sein, für die der Unionsgesetzgeber ausdrückliche Befehle bzw. Öffnungsklauseln zur Anwendung nationalen Rechts erteilt. Hierzu gehören Spezialverweisungen ebenso wie die an Satzungsgeber und Mitgliedstaaten gerichteten Regelungsaufträge und Wahlrechte.⁶⁴⁷ Durch das gezielte Eindringenlassen nationalen Rechts macht sich der Verordnungsgeber die betreffenden nationalen Regelungen zu eigen und zählt sie methodisch zum Unionsrecht.⁶⁴⁸ Er macht deutlich, dass er den entsprechenden Komplex umfänglich be-

⁶⁴² Vgl. unter vorstehend a).

⁶⁴³ Ebenso wohl *Martens*, Managementstrukturen, S. 133; unklar auf Basis wohl des SPE-VOE-K *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 286, 296; offenlassend *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 147; a. A. zur Kapitalrichtlinie *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 69 ff.

⁶⁴⁴ Vgl. auch SPE-VOE-HU Erwägung 6 (S. 4).

⁶⁴⁵ Wohl ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 120; vgl. detailliert unter nachfolgend D.

⁶⁴⁶ Vgl. unter vorstehend I.

⁶⁴⁷ So zum abschließenden Gehalt mitgliedstaatlicher Wahlrechtsregelungen in Richtlinien *EuGH*, Urteil v. 30. September 2003, Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885 ff., Rz. 20, 106 – *Inspire Art*; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1915.

⁶⁴⁸ Vgl. Kapitel 3 A. II.

dacht hat und abschließend regeln möchte. Das nationale Recht soll nur punktuell und ausnahmsweise zur Anwendung kommen.⁶⁴⁹ Mithin sind solche Bereiche als abschließend geregelt zu betrachten, für die der Unionsgesetzgeber Spezialverweisungen, Satzungsregelungsaufträge und -wahlrechte bzw. Staatenregelungsaufträge und -wahlrechte vorsieht.⁶⁵⁰ Für *abschließende* Regelungen sprechen also verschiedene systematische Erwägungen.

Außerdem kann die teleologische Auslegung des SPE-VOE-HU ergeben, dass der Verordnungsgeber einen Punkt *abschließend* in der SPE-VO regeln wollte. Hängt die Funktionstüchtigkeit der SPE als supranationaler Rechtsform von einer europaweit einheitlichen Lösung ab, kann nur eine *abschließende* Regelung den *effet utile* der SPE-VO⁶⁵¹ verwirklichen. Ist eine Regelung auf Unionsebene in einer Gesamtschau der SPE-VO außerdem prinzipiell möglich, ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber den betreffenden Punkt *abschließend* regeln wollte.⁶⁵² Folglich kann auch die teleologische Auslegung des SPE-VOE-HU ergeben, dass der Verordnungsgeber einen Punkt *abschließend* in der SPE-VO regeln wollte. Es gibt eine Reihe von Indizien für *abschließende* Regelungen.

b) Indizien für nichtabschließende Regelungen

Des Weiteren könnten bestimmte Indizien für *nichtabschließende* Regelungen sprechen. Lücken in *nichtabschließenden* Regelungen sind zu schließen.⁶⁵³ Für eine *nichtabschließende* Regelung kann sprechen, dass die SPE-VO einen großen Fragenkreis nicht oder nur dürftig regelt.⁶⁵⁴ Das kann an zahlreichen Stellen der SPE-VO insbesondere deshalb der Fall sein, weil politische Einigungen auf einen bestimmten Regelungstext schwierig sind.⁶⁵⁵

Allerdings muss bei der Auslegung des SPE-VOE-HU stets berücksichtigt werden, dass der Verordnungsgeber das Unionsrecht aus Gründen des *effet utile* grundsätzlich als *abschließend* verstanden wissen möchte.⁶⁵⁶ Daher darf eine Norm nicht bereits deshalb als *nichtabschließend* eingeordnet werden, weil sie sich zu ihrem eigenen Cha-

⁶⁴⁹ Zu Satzungsregelungsaufträgen vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 6 (S. 4).

⁶⁵⁰ Ebenso zu Artt. 11, 27 Kapitalrichtlinie *Tesaura*, Schlussanträge v. 8. April 1992, Rs. C-C008/91, BeckEuRS 1992, 190212 – *Meilicke/ADV-ORGA AG*; *Einsele*, NJW 1996, 2681, 2684 f., 2689; vgl. auch *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 28 ff.; a. A. *BGH*, Urt. v. 15. Januar 1990, NJW 1990, 982, 987 f. – *IBH/Lemmerz*; anders nuanciert allerdings *BGH*, Urt. v. 30. Januar 1995, DStR 1995, 459, 461 – *Siemens/Nold*; kritisierend *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 45 ff.; *Habersack*, in: MüKo-AktG, Einl. Rn. 142; vermittelnd *Pentz*, in: MüKo-AktG, § 27 Rn. 87.

⁶⁵¹ Vgl. Kapitel 2 H.

⁶⁵² So auch *Arens*, Der Konzern 2010, 395, 399 f.; ähnlich *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 189, 199; *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 286 ff.; das dürfte auch gemeint sein, wenn bei der SE die Betroffenheit eines „SE-spezifischen Themas“ gefordert wird, so *Wagner*, NZG 2002, 985, 989; ähnlich *Brandt/Scheifele*, DStR 2002, 547, 552 f.; ähnlich in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 63 f., 174 f.

⁶⁵³ Vgl. unter vorstehend I.

⁶⁵⁴ So auch für die SE *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 137; *Casper*, in: FS Ulmer, S. 51, 58; ähnlich *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10.

⁶⁵⁵ In dieselbe Richtung in Bezug auf EU-Richtlinien *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1915; im Hinblick auf den Abschied von der Vollharmonisierung durch Richtlinien *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 17 ff.; in Bezug auf Art. 11 Kapitalrichtlinie *Habersack*, AG 2009, 557, 559.

⁶⁵⁶ Vgl. unter vorstehend 1.

rakter bzw. einer Ergänzung durch nationales Recht nicht verhält.⁶⁵⁷ Außerdem verbietet es sich, den Begriff „teilweise“ in Art. 4 Abs. 2 Alt. 2 SPE-VOE-HU als Hinweis auf einen Mindeststandard auszulegen und Verschärfungen des Unionsrechts als zulässig anzusehen. Insbesondere kann aus einem intendierten Gesellschafter- oder Drittschutz nicht ohne Weiteres gefolgert werden, die Norm sei eine bloße Mindestnorm und dürfe oder gar solle durch strengeres nationales Recht ergänzt werden.⁶⁵⁸ Im SPE-Konzern ist ein vorsichtiger Umgang mit schutzrechtlichen Erwägungen nicht zuletzt deshalb wichtig, weil der Ordnungsgeber mit seinem Effizienzpostulat das Organisationsrecht als dem Schutzrecht mindestens gleichwertig ansieht.⁶⁵⁹ Folglich darf der Regelungsbestand des SPE-VOE-HU nur zurückhaltend als *nichtabschließend* verstanden werden. Dem nationalen Recht darf nicht dadurch ein Freibrief zur Anwendung erteilt werden, dass ein Regelungskomplex schlicht und unbedarft im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Alt. 2 SPE-VOE-HU als durch das Unionsrecht bloß „teilweise“ geregelter Regelungskomplex deklariert wird.

Mithin sprechen bei der Auslegung des SPE-VOE-HU weniger Indizien für *nichtabschließende* Regelungen als für *abschließende* Regelungen.

III. Zwischenfazit: Zurückhaltende Anwendung nationalen Rechts

Die Anwendung nationalen Rechts auf die SPE hängt davon ab, ob der betreffende Aspekt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU als durch die SPE-VO vollständig – also *abschließend* – oder lediglich teilweise – also *nichtabschließend* – geregelt anzusehen ist. Damit der *effet utile* der SPE-VO verwirklicht werden kann, müssen Regelungen grundsätzlich als *abschließend* angesehen werden. Nationales Recht kommt nur nachrangig und möglicherweise erst dann zur Anwendung, wenn und soweit ein Lückenschluss auf unionsrechtlicher Ebene⁶⁶⁰ nicht möglich ist.⁶⁶¹ Außerdem darf mitgliedstaatliches Recht das Unionsrecht grundsätzlich nur ergänzen, nicht aber verschärfen.

D. Lückenschließung auf unionsrechtlicher Ebene

Mit den Satzungswahlrechten mit ihren unionsrechtlichen Auffangregelungen für den Nichtgebrauch enthält der SPE-VOE-HU nur wenig dispositives Recht.⁶⁶² Die Auslegung des SPE-VOE-HU könnte aber ergeben, dass der Ordnungsgeber aus Effektivitätsgründen auch jenseits des dispositiven Rechts Lückenschlüsse auf Unions-

⁶⁵⁷ So aber zur Kapitalrichtlinie *Lutter/Gehling*, WM 1989, 1445, 1458 f.; in diese Richtung auch *Tesauro*, Schlussanträge v. 19. September 1996, Rs. C-C004/95, BeckEuRS 1996, 212402 – *Siemens/Nold*; umgekehrt und skeptisch *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 31 f., 42 f., differenzierend auf S. 58 ff.

⁶⁵⁸ In diese Richtung in Bezug auf die Kapitalrichtlinie *Lutter*, in: FS Everling, S. 765, 771, 775.

⁶⁵⁹ Zum Organisations- und Schutzrecht im SPE-Konzern vgl. Kapitel 2 C.

⁶⁶⁰ Vgl. detailliert unter nachfolgend D.

⁶⁶¹ So auch *Chiu*, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 48 – „as a last resort“; in dieselbe Richtung *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 82, 116 f.; bei der SE *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 137; *Casper*, in: FS Ulmer, S. 51, 58; *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10, 17; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 32.

⁶⁶² Ähnlich auf Basis des SPE-VOE-HU *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 839, 841; *Jung*, GesRZ 2012, 153, 155; restriktiver auf Basis des SPE-VOE-K *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153; *Pläster*, Treuepflicht, S. 27; *Martens*, Managementstrukturen, S. 13; *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 287; auf Basis des SPE-VOE-SE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 116, 192; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 88.

ebene befürwortet und zulässt. Bejahendenfalls ist des Weiteren fraglich, welche Instrumente für den Lückenschluss auf unionsrechtlicher Ebene zur Verfügung stehen.

I. Zulässigkeit und Gebotenheit einer unionsrechtlicher Lückenschließung

Zunächst drängt sich auf, dass der Ordnungsgeber getreu seinem Gebot der *verordneten Selbststeuerung* die Unternehmen in der Obliegenheit sieht, durch den Gebrauch der umfangreichen Regelungsaufträge und Wahlrechte unionsrechtliche Lösungen zu schaffen.⁶⁶³ Darüber hinaus stellt der Unionsgesetzgeber Rechtsprechung und Wissenschaft anheim, Lösungen zu entwickeln. Demnach empfehlen sich Lückenschlüsse im Wege der Rechtsfortbildung,⁶⁶⁴ insbesondere im Wege einer *regelgeleiteten Analogie* auf unionsrechtlicher Ebene.⁶⁶⁵ Fraglich ist jedoch, ob *regelgeleitete Analogien* als zulässig angesehen werden können. In Auslegung des SPE-VOE-HU könnte man zu dem Schluss kommen, aufgrund eines *Analogieverbots* müssten Lücken stets auf nationalrechtlicher Ebene geschlossen werden.⁶⁶⁶ Hierbei könnte man sich auf den Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU⁶⁶⁷ ebenso berufen wie auf den Willen des Ordnungsgebers nach einer rechtssicheren und konsensfähigen Rechtsform.⁶⁶⁸ Dementsprechend könnte eine Lückenschließung auf unionsrechtlicher Ebene ausscheiden, weil keine etablierten und praktikablen unionsrechtlichen Lückenschließungsmethoden existieren,⁶⁶⁹ und weil der Ordnungsgeber sich bewusst für das nationale Recht als Lückenschließungsinstrument entschieden hat.⁶⁷⁰

Umgekehrt ist zuzugeben, dass der Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU einen unionsrechtlichen Lückenschluss nicht *per se* verbietet.⁶⁷¹ In Abgrenzung zu anderen Regelungen und früheren Entwürfen soll ein Bereich *durch die SPE-VO geregelt* und nicht *in der SPE-VO geregelt* oder *durch die Artikel der SPE-VO abgedeckt* sein.⁶⁷²

⁶⁶³ Ähnlich Chiu, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 48; für die SE Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 9 und C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 22 – die SE-VO enthält keine (durch nationales Recht zu schließende) Lücke, soweit sie etwas an den Satzungsgeber delegiert.

⁶⁶⁴ Für richterliche Rechtsfortbildung Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 898; Koutsogianni-Hanke, Verdeckte Sacheinlage, S. 287; wohl auch Wirtz, Lückenfüllung, S. 91 f., 202 ff., 209; im Ergebnis auch Kneisel, SPE im Konzern, S. 63 ff., 68, 75, 89, 105, 109, 136, 142, 145, 228, 249, 285; zur SE Teichmann, ZGR 2002, 383, 406 ff.; Siems, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 134; C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 15; Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10; Wagner, NZG 2002, 985, 989; Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547, 552 f.; allgemein Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 187 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 878 ff. (S. 519 ff.); Pechstein/Drechsler, in: Riesenhuber/Methodenlehre, § 7 Rn. 56 ff.; Neuner, ebd., § 12 Rn. 39 ff.

⁶⁶⁵ In diese Richtung auch Rammeloo, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 112.

⁶⁶⁶ Vgl. für die SE C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 15; Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10.

⁶⁶⁷ „Nicht oder nur teilweise geregelte Bereiche“.

⁶⁶⁸ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 3 (S. 7) und 8 (S. 10); sowie SPE-VOE-K Begründung (4. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit) S. 4.

⁶⁶⁹ So Ehricke, KSzW 2010, 6, 10; ähnlich Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 898.

⁶⁷⁰ Statt der Übernahme entsprechender CREDA-Vorschläge wurde Art. 4 SPE-VO entwickelt; so auch Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 898; zu den CREDA-Vorschlägen vgl. Boucourechliev/Hommelhoff, in: Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 12 (Anwendbares Recht).

⁶⁷¹ Unklar Kneisel, SPE im Konzern, S. 68, 114.

⁶⁷² Vgl. Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU im Gegensatz zu Abs. 3 und mit missverständlicher deutscher Übersetzung Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU sowie im Gegensatz dazu Art. 4 SPE-VOE-K mit offenbar unrichtiger französischer Übersetzung; in dieselbe Richtung Wirtz, Lückenfüllung, S. 197.

Andererseits hebt die Systematik von Art. 4 SPE-VOE-HU hervor, dass eine SPE zu allererst der SPE-VO unterliegt. Der Grund hierfür ist, dass Lösungen auf Unionsebene die Einheitlichkeit im transnationalen SPE-Konzern und damit den *effet utile* der SPE-VO⁶⁷³ fördern. Dann sind aber auch Lückenschließungen auf Unionsebene erforderlich, um dem intendierten *effet utile* gerecht zu werden.⁶⁷⁴ Der kategorische Ausschluss jeglicher Lückenschließung auf unionsrechtlicher Ebene würde dagegen die unionsweite Einheitlichkeit und damit die Funktionsfähigkeit der SPE torpedieren. Folglich sprechen die überzeugenderen Argumente gegen ein *Analogieverbot*. Lücken im Unionsrecht müssen vorrangig auf unionsrechtlicher Ebene geschlossen werden.⁶⁷⁵

II. Unionsrechtliche Lückenschließungsinstrumente

Es ist angebracht, nach konkreten Mitteln und Wegen zu suchen, die für die Lückenschließung auf unionsrechtlicher Ebene geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind.⁶⁷⁶ Freilich ist hierbei auch ein gewisses Maß an Rechtssicherheit gefordert.⁶⁷⁷ Allerdings wohnen Rechtsunsicherheiten einer neuen Rechtsform naturgemäß inne und dürfen nicht davon abhalten, die ersten Schritte für die Etablierung einer bestimmten Rechtspraxis zu gehen.⁶⁷⁸

1. Einzel- und Gesamtanalogien

Möglich sind einerseits Einzelanalogien, indem konkrete in der SPE-VO bereits enthaltene Normen auf den fraglichen Bereich entsprechend angewendet werden.⁶⁷⁹ Erlaubt sind des Weiteren Gesamtanalogien,⁶⁸⁰ also Lücken-

⁶⁷³ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁶⁷⁴ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.; im Ergebnis ebenso bei der SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 1, 16 f., 67, 71; in dieselbe Richtung bei der SPE *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 225.

⁶⁷⁵ So auch *Chiu*, in: ECFR-Special 2013, pp. 47, 48 – „as a last resort“; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 88 et seq.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 70 f., 114 ff.; wohl auch *dies.*, GesRZ 2012, 153, 160; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 65 ff.; in dieselbe Richtung bei der SE *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 137; *Casper*, in: FS Ulmer, S. 51, 58; *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10, 17.

⁶⁷⁶ So auch in Bezug auf die SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10; im Ergebnis ebenso für die SPE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 202 ff.; ähnlich *Hommelhoff*, in: FS Priester, S. 245, 249.

⁶⁷⁷ Vgl. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 9.

⁶⁷⁸ In dieselbe Richtung *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S.38; wohl auch *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 286 f.; *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 257, 259 f., 288, 291, vgl. aber auch S. 291 ff.; zurückhaltender wohl *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 202 ff.; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 63 f., 68, 71, 75, 89, 105, 109, 114, 136, 142, 145, 249, 280; anders dagegen *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 196 f.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 17, 18.

⁶⁷⁹ Dafür auf Basis des SPE-VOE-K *Martens*, Managementstrukturen, S. 43; auf Basis des SPE-VOE-K bzw. SPE-VOE-SE *Jung*, DStR 2009, 1700, 1701; *dies.*, BB 2010, 1233, 1237 und EuZW 2012, 129, 133; *Culmann*, SPE in der Krise, S. 79 f., 84; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 131, 222; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 67 f.; auf Basis des SPE-VOE-HU *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 75; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 62 ff., 116 f., 139; wohl auch *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 111 et seq., 121; bei der SE-VO *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 68; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10; *ders.* in: FS Ulmer, S. 51, 58; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 15; *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 138 f.; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 20; allgemein *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 204, 210; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 888 ff. (S. 519 ff.)

⁶⁸⁰ Dafür bei der SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 57, 68; ähnlich in Bezug auf die SPE *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 10; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 898; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 116 f.; undeutlich, wohl ebenfalls *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10, 18; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 15; *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 138 f.; für die SPE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 202 ff.; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 111 et seq.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 62 ff.; a. A. wohl *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 759 f.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 17; bei

ckenschlüsse durch die *allgemeinen Prinzipien der SPE-VO*. Weder Wortlaut noch Systematik des SPE-VOE-HU schließen solche aus. Im Gegenteil, Rückschlüsse aus der Systematik und dem Geist der SPE-VO sind wegen des angestrebten *effet utile* nicht nur erlaubt, sondern auch geboten, zumal bereits die der Lückenfüllung vorangehende systematische Auslegung nichts anderem als den *allgemeinen Prinzipien der SPE-VO* folgt.⁶⁸¹ Angesichts dessen muss es auch als unschädlich angesehen werden, dass der Ordnungsgeber sie entgegen dem *CREDA*-Vorschlag nicht in die SPE-VO-Entwürfe übernommen hat.⁶⁸² Folglich ist eine *regelgeleitete Analogie* als zulässig anzuerkennen.⁶⁸³

2. Allgemeine Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts

Fraglich ist allerdings, ob daneben noch weitere rechtsfortbildende Lückenschließungsmethoden zur Verfügung stehen. Zunächst kommt in Betracht, Lücken in der SPE-VO unter Heranziehung *allgemeiner Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts* zu schließen. Der Ordnungsgeber hat freilich – anders als vom *CREDA* vorgeschlagen – die *allgemeinen Prinzipien des Gesellschaftsrechts der Gemeinschaft* nicht ausdrücklich nicht in die nachfolgenden SPE-VO-Entwürfe übernommen.⁶⁸⁴ Das muss aber nicht heißen, dass sich der Ordnungsgeber der Anwendung solcher Grundsätze kategorisch verschließt. Inzwischen existiert derart viel Sekundärrecht, dass es nicht mehr pauschal als lückenhaft und kryptisch abgetan werden kann. Vielmehr veranschaulichen möglicherweise z. B. die Untersuchungen zur gesellschaftlicher Treuepflicht, wie sich in Auslegung des Unionsrechts *allgemeine Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts* gewinnen lassen.⁶⁸⁵ Gibt es dank der Weiterentwicklung des Unionsrechts inzwischen solche Grundsätze,⁶⁸⁶ fördert ihre Anwendung die unionsweite Einheitlichkeit im transnationalen SPE-Konzern. Folglich spricht der vom Ordnungsgeber intendierte *effet utile* der SPE-VO⁶⁸⁷ dafür, etwaige Lücken in der SPE-VO durch die existierenden *allgemeinen Grundsätze des Europäi-*

der SE *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 22; allgemein *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 204, 210; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 888 ff. (S. 519 ff.).

⁶⁸¹ Ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 67 f.; in Bezug auf die SE-VO *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 129.

⁶⁸² Art. 12 Abs. 2 SPE-VOE-CREDA 1997 bzw. 2006 hatte die *allgemeinen Prinzipien dieser Verordnung* noch an erster Stelle zur Füllung von Lücken in der SPE-VO berufen, vgl. *Autoren-Gesamtteam*, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 12 (Anwendbares Recht); mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279, 281; mit demselben Ergebnis auf Grundlage des SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 63 ff.; bei der SE *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil A Rn. 63; *Kunz*, Insolvenz der SE, S. 52 ff.

⁶⁸³ So auch in Bezug auf die SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 68; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10; *derS.* in: FS Ulmer, S. 51, 58; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 15; für die SPE wohl auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 63 ff.; für das SPE-Konzernrecht a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 65, 75, 132.

⁶⁸⁴ Diese hatte noch Art. 12 Abs. 2 SPE-VOE-CREDA 1997 bzw. 2006 an nächster Rangstelle hinter den *allgemeinen Prinzipien der SPE-VO* auf den Plan gerufen, vgl. *Boucourechliev/Hommelhoff*, in: Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 12 (Anwendbares Recht); mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279, 281.

⁶⁸⁵ Vgl. Kapitel 6 D. II. 5. c).

⁶⁸⁶ Dafür auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 35 f., 55; ggf. auch *Oplustil*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 63, 64; *Drygala*, EuZW 2014, 491, 492; zurückhaltender, aber gleichzeitig ermutigend *Grundmann*, in: Riesenhuber/Methodenlehre, § 9 Rn. 61 ff., 69; a. A. *Jung*, Kapitalverfassung, S. 83.

⁶⁸⁷ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

schen Gesellschaftsrechts zu schließen.⁶⁸⁸

3. Allgemeine Prinzipien, die den nationalen Rechtsordnungen gemeinsam sind

Außerdem kommt in Betracht, Lücken in der SPE-VO mithilfe der *allgemeinen Prinzipien, die den nationalen Rechtsordnungen gemeinsam sind*, zu schließen. Auch auf diese Prinzipien verweisen die den CREDA-Entwürfen nachfolgenden SPE-VO-Entwürfe nicht ausdrücklich.⁶⁸⁹ Das heißt aber nicht unbedingt, dass der Verordnungsgeber die Rechtsvergleichung als Lückenschließungsinstrument *partout* ausschließen möchte. Aus den unterschiedlichen nationalen Rechten gemeinsame Prinzipien herauszufiltern ist zwar vergleichsweise schwierig, aber nicht gänzlich unmöglich. Vielmehr zeigt das Beispiel eines Grundsatzes der objektiven Satzungsauslegung, dass gemeinsame Prinzipien durchaus rechtsvergleichend herausgearbeitet werden können.⁶⁹⁰ Auch die Anwendung solcher Prinzipien vermag die vom Unionsgesetzgeber bezweckte unionsweite Einheitlichkeit⁶⁹¹ im transnationalen SPE-Konzern zu fördern. Folglich können Lücken in der SPE-VO in Einzelfällen auch mithilfe der *allgemeinen Prinzipien, die den nationalen Rechtsordnungen gemeinsam sind*, geschlossen werden.⁶⁹² Die für eine *regelleitete Analogie* streitenden Erwägungen sprechen auch für die Zulassung anderer rechtsfortbildender Lückenschließungsmethoden.⁶⁹³

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass für den Lückenschluss auf unionsrechtlicher Ebene verschiedene Instrumente zur Verfügung stehen.⁶⁹⁴

III. Zwischenfazit: Unionsrechtliche Lückenschließung

⁶⁸⁸ Ebenso Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 67 f.; allgemein Bachmann, in: ZGR-Sonderheft 2013, S. 163, 225 f. (zurückhaltender ders., in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 63 SE-VO Rn. 8); wohl a. A. Teichmann, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 74, 88 et seq.; für die SPE Kneisel, SPE im Konzern, S. 68, 76; Pläster, Treuepflicht, S. 27, 31, 34 f., 46, 99 f., 114 ff., 148 f., 160 f., 167 f., 172 f., 188, 199 ff., 220, 226, 233, 249, 293, 296, 312 ff. – wobei allerdings unklar bleibt, ob er seinem Regelungsvorschlag deklaratorische oder konstitutive Wirkung beimisst; Hommelhoff/Teichmann., GmbHR 2008, 897, 899; a. A. Wirtz, Lückenfüllung, S. 201; Tzakas, ZEuP 2011, 756, 759 f.; Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR, § 43 Rn. 17; Koutsogianni-Hanke, Verdeckte Sacheinlage, S. 286 f.; Meller, Gläubigerschutz, S. 30; wohl auch Neville, in: FS Hommelhoff, S. 835, 842 f.; Ehrlicke, KSzW 2010, 6, 10; für die SE C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 15; Casper, in: FS Ulmer, S. 51, 57 ff.; wohl auch ders., in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18; Martens, Managementstrukturen, S. 49.

⁶⁸⁹ Diese hatte noch Art. 12 Abs. 2 SPE-VOE-CREDA 1997 bzw. 2006 an nächster Rangstelle hinter den *allgemeinen Prinzipien der SPE-VO* auf den Plan gerufen, vgl. Boucourechliev/Hommelhoff, in: Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 12 (Anwendbares Recht); mit der aktualisierten Fassung Teichmann, ECL 2006, 279, 281.

⁶⁹⁰ Vgl. Kapitel 3 B. V., VII. 2. b) (1).

⁶⁹¹ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁶⁹² In dieselbe Richtung Bachmann, in: ZGR-Sonderheft 2013, S. 163, 225 f.; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 67 f.; vgl. auch Art. 340 Abs. 2, 3 AEUV – Schadensersatz „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“; wohl a. A. Teichmann, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 88 et seq.

⁶⁹³ In dieselbe Richtung wohl Bückler, ZHR 173 (2009), 281, 286 f.; Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 174; ebenso wohl in Bezug auf die SE Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 10; wohl a. A. bei der SPE Ramme-loo, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 111 et seq.

⁶⁹⁴ Zu den fließenden Grenzen des *EuGH* zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 17 f.

Die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt also, dass der Ordnungsgeber aus Effektivitätsgründen auch jenseits des dispositiven Rechts Lückenschlüsse auf Unionsebene befürwortet und zulässt. Außerdem stehen verschiedene Instrumente für den Lückenschluss auf unionsrechtlicher Ebene zur Verfügung.⁶⁹⁵

E. Lückenschließung auf nationalrechtlicher Ebene

I. Betroffene Mitgliedstaaten

Der SPE-VOE-HU verweist an zahlreichen Stellen in das nationale Recht.⁶⁹⁶ Indem die SPE-VO mit ihren Verweisenormen an den *Satzungssitz* der Gesellschaft anknüpft, sind diejenigen Mitgliedstaaten mit ihrem jeweiligen nationalen Recht betroffen, in denen die SPE-Konzerngesellschaften ihre Satzungssitze unterhalten.⁶⁹⁷

II. Spezial- und Generalverweise auf nationales Recht

Fraglich ist, in welchem Umfang das nationale Recht zur Anwendung kommt.

Möglich ist zunächst, dass die Verweisnormen eher punktuell oder eher allgemein auf das nationale Recht referenzieren. Normen, die auf spezielle nationale Vorschriften Bezug nehmen, sind *Spezialverweise*.⁶⁹⁸ Regelungen, die nur allgemein auf das nationale Recht verweisen, sind *Generalverweise*.⁶⁹⁹ Normen, die auf einen bestimmten Regelungskomplex des nationalen Rechts referenzieren, sind dazwischen anzusiedeln und daher als *partielle Generalverweise* zu bezeichnen.⁷⁰⁰ Nach dem Spezialitätsgrundsatz gehen die Spezialverweise den Generalverweisen vor.⁷⁰¹ Problematisch ist allerdings, ob Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU auf das nationale Insolvenzrecht des Satzungssitzstaates verweist. Ein Verweis auf das Insolvenzrecht des Satzungssitzstaates würde zwar eine Fülle

⁶⁹⁵ Zu den fließenden Grenzen des *EuGH* zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 17 f.

⁶⁹⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b, Art. 2 Abs. 1 lit. ba, Art. 4 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3, Art. 5 lit. c, Art. 5b Abs. 0, Art. 5b Abs. 8, Art. 5b Abs. 9, Art. 5b Abs. 10, Art. 5b Abs. 12, Art. 6 Abs. 0, Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1a S. 2, Art. 8 Abs. 2, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 lit. m, Art. 9 Abs. 2 lit. ma, Art. 9 Abs. 3, Art. 9 Abs. 4, Art. 9a Abs. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12, Art. 14 Abs. 3 S. 2, Art. 15 Abs. 1a lit. a, Art. 15 Abs. 1a lit. c, Art. 15 Abs. 6, Art. 16 Abs. 1, Art. 24 Abs. 3a, Art. 26 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1c S. 3, Art. 27 Abs. 3a, Art. 28 Abs. 3, Art. 28 Abs. 4, Art. 28 Abs. 7, Art. 31 Abs. 3, Art. 31 Abs. 4, Art. 35 Abs. 3, Art. 38 Abs. 2a S. 3, Art. 40, Art. 41 Abs. 1 lit. c, Art. 42, Art. 43 Abs. 2, Anlage I Regelungsauftrag Nr. 18, ggf. Art. 7, mit Sonderstellung Art. 4 Abs. 4, Art. 8 Abs. 1a S. 3, Art. 41 Abs. 2; jeweils SPE-VOE-HU; Erwägungsgrund 6 SPE-VOE-K; vgl. auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 289 f.

⁶⁹⁷ Vgl. detailliert Kapitel 2 G.

⁶⁹⁸ So auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 75.

⁶⁹⁹ Ebenso *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 75.

⁷⁰⁰ *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 Rn. 62; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 8 – der von *partiellen Gesamtverweisen* spricht.

⁷⁰¹ So auch *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 195 f.; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 62; für die SE *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 52 und 64; ebenso *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 41 Rn. 27, § 43 Rn. 24 – unter zusätzlichem Hinweis auf Art. 9 Abs. 1 lit. a SE-VO und Art. 4 Abs. 1 lit. a SPE-VOE-HU.

von Abgrenzungsproblemen⁷⁰² vermeiden, lässt sich allerdings systematisch nicht rechtfertigen. Außerdem wäre es angesichts der mitgliedstaatlichen Kontroversen um die Sitzaufspaltung der SPE und den Zweck der EulnsVO⁷⁰³ geradezu befremdlich, mit Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU den gefürchteten Risiken eines missbräuchlichen *forum shopping* zur Realisierung zu verhelfen. Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU nimmt also lediglich klarstellend auf das nationale Insolvenzrecht Bezug, das unabhängig von der SPE-VO nach den Grundsätzen der EulnsVO und der nationalen Insolvenzrechte auf die SPE Anwendung findet.⁷⁰⁴

Fraglich ist des Weiteren, auf welche Bestandteile des nationalen Rechts die Spezial- und Generalverweisnormen jeweils Bezug nehmen. Zunächst kommt in Betracht, dass die Verordnungsnormen dynamisch sowohl auf das geschriebene nationale Recht als auch auf die nationale Rechtsprechung und nationalen Rechtsgrundsätze verweisen. Nach dem Wortlaut der englischsprachigen Fassung von Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU gelten – verkürzt wiedergegeben – *the provisions of national law which apply in the Member State*. Dies spricht dafür, dass nicht lediglich das geschriebene mitgliedstaatliche Recht gemeint ist. Dagegen weisen die französisch- und deutschsprachigen Fassungen – verkürzt wiedergegeben – auf *les dispositions législatives nationales qui s'appliquent dans l'État membre* bzw. *die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die der Sitzmitgliedstaat erlassen hat*, hin. Die Formulierungen in der französisch- und mehr noch der deutschen Fassung deuten damit auf eine Anwendung nur des geschriebenen Rechts hin. Wegen der Abweichungen zwischen den verschiedenen Sprachfassungen sind die Aussagen in den französisch- und deutschsprachigen Versionen allerdings als bloße Ungenauigkeiten bei der Übersetzung einzustufen. Für die Anwendung nicht lediglich des geschriebenen nationalen Rechts sprechen zudem teleologische Erwägungen: Je nach Mitgliedstaat sind die verschiedenen Rechtsquellen unterschiedlich stark ausgeprägt und unterschiedlich miteinander verwoben. Für SPEs nur das geschriebene Recht zur Anwendung kommen zu lassen, würde nicht nur im Detail schwierige Abgrenzungsfragen eröffnen, sondern auch ungerechtfertigt und willkürlich erscheinen. Die Verordnungsnormen verweisen folglich dynamisch⁷⁰⁵ auf das geschriebene nationale Recht ebenso wie auf die nationale Rechtsprechung und nationalen Rechtsgrundsätze.⁷⁰⁶

Eine Auslegung des SPE-VOE-HU könnte des Weiteren ergeben, dass sämtliche Verweise nicht nur das allgemeine nationale GmbH-Recht,⁷⁰⁷ sondern auch sämtliche Regelungen in den SPE-Ausführungsgesetzen der Mitgliedstaaten umfassen. Hierbei ist zunächst zu konstatieren, dass die in Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU erwähnten *Rechtsvorschriften für die in Anhang II genannten Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung*⁷⁰⁸ das gesamte für die betreffenden Rechtsformen geltende Recht umfasst. Das auf eine SPE deutscher Provenienz anwendbare

⁷⁰² Vgl. Kapitel 2 E.

⁷⁰³ Vgl. EulnsVO Erwägung 4 (S. 1).

⁷⁰⁴ Vgl. auch *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 178 ff.

⁷⁰⁵ Wie hier *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 21; zur SE *dies.*, EU-UKR, § 43 Rn. 26; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 53 f., 75; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 15; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 81.

⁷⁰⁶ Wie hier *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 21; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 79; zur SE *dies.*, EU-UKR, § 43 Rn. 26; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 72; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 11, 15; C. Schäfer, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 2 f., 7, 18.

⁷⁰⁷ Also in Deutschland das Recht der GmbH und in England dasjenige der Limited.

⁷⁰⁸ Bzw. *provisions which apply to private limited-liability companies listed in Annex II* bzw. *les dispositions qui s'appliquent aux sociétés privées à responsabilité limitée énumérées à l'annexe II*.

GmbH-Recht umfasst mithin z. B. auch Grundsätze des Aktien- bzw. Vereinsrechts, sofern derartige Vorschriften oder Grundsätze auf GmbHs angewendet werden.

Wortlaut und Systematik des SPE-VOE-HU könnten darauf hindeuten, dass lediglich Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU, nicht aber auch die übrigen Verweisungsnormen neben dem allgemeinen nationalen GmbH-Recht auch sämtliche Regelungen in den SPE-Ausführungsgesetzen für anwendbar erklären. So könnte erstens Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU dahingehend verstanden werden, dass das *maßgebende innerstaatliche Recht*⁷⁰⁹ die in lit. a genannten SPE-Ausführungsgesetze nicht beinhaltet. Zweitens könnte man meinen, Art. 4 Abs. 2 lit. a SPE-VOE-HU umfasse nur diejenigen Ausführungsregelungen, die die wirksame Anwendung der SPE-VOE gewährleisten sollen. Drittens könnte Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU als gänzlich unanwendbar angesehen werden, sofern Spezialverweise und genutzte Wahlrechte als „mutierte“ Spezialverweise betroffen sind. Denn die diesbezüglichen nationalen Vorschriften gelten als *Vorschriften der SPE-VO* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a SPE-VOE-HU,⁷¹⁰ und Abs. 2 gilt seinem Wortlaut nach nur *jenseits* Abs. 1. Da die Verweise in ihrer heutigen Form grundlegend auf den SPE-VOE-FR zurückgehen und im SPE-VOE-CZ nur leicht modifiziert wurden, dürften ihre Formulierungen ganz bewusst gewählt worden sein und keinem Versehen bei späteren Entwurfsüberarbeitungen unterliegen. Umgekehrt fällt aber auch auf, dass einige Spezialverweise sich ihrem Wortlaut nach nicht ausdrücklich auf Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU beziehen, indem sie nicht auf das *maßgebliche* nationale Recht referenzieren.⁷¹¹

Würden die SPE-Ausführungsgesetze allerdings allein über Art. 4 Abs. 2 lit. a SPE-VOE-HU und nicht auch über die übrigen Verweisvorschriften zur Anwendung gelangen, wären sie in ihrem Anwendungsbereich und in ihrer Wirkungsweise empfindlich beschnitten. Auch wäre nicht zu erklären, warum Lücken in der SPE-VO nach anderen Grundsätzen zu schließen sind als nach Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU Lücken in der Satzung,⁷¹² zumal die SPE-Ausführungsgesetze auch Bereiche der Satzungsreglungsaufträge betreffen⁷¹³ und gerade die effektive Realisierung der SPE sicherstellen sollen. Beides kann nicht der Intention des Ordnungsgebers nach einer möglichst funktionstüchtigen Gesellschaftsform⁷¹⁴ entsprechen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er in den übrigen Verweisvorschriften nur die grundsätzliche Anwendbarkeit nationalen Rechts regeln und spezifischere Aussagen zu Art und Umfang des in Bezug genommenen nationalen Rechts in Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU verorten wollte. In teleologischer Auslegung des SPE-VOE-HU sind die übrigen Verweisnormen also erweiternd auszulegen und jeweils mit dem Inhalt von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU zu lesen.

Folglich ergibt eine Auslegung des SPE-VOE-HU, dass sämtliche Verweise nicht nur das allgemeine nationale GmbH-Recht, sondern auch sämtliche Regelungen in den SPE-Ausführungsgesetzen der Mitgliedstaaten umfassen.⁷¹⁵

⁷⁰⁹ Bzw. *applicable national law* oder *droit national applicable*.

⁷¹⁰ Vgl. detailliert Kapitel 3 A. II., B. IV., Kapitel 4 A.

⁷¹¹ So Art. 4 Abs. 4, Art. 5 lit. c, Art. 5b Abs. 0, 8, 10 und 12, Art. 7 Abs. 1, Art. 31 Abs. 3, Art. 38 Abs. 2a S. 3, jeweils SPE-VOE-HU; ebenso *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 107 et seqq.; vgl. auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 289 f.

⁷¹² Ähnlich, aber mit anderem Ergebnis *Jung*, BB 2010, 1233, 1234.

⁷¹³ So etwa in Artt. 19 Abs. 3 S. 2 und 3, 20 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 8 Abs. 1 lit. d SPE-VOE-HU, Art. 21 Abs. 3 und 4 i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 6, Art. 27 Abs. 4 i. V. m. Art. 8 Abs. 1 lit. ec SPE-VOE-HU und Artt. 19 Abs. 3 S. 2 und 3, 24 Abs. 2 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 20.

⁷¹⁴ Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 2 H.

⁷¹⁵ Wohl a. A. *Jung*, Kapitalverfassung, S. 84, vgl. aber S. 87.

III. Sach- oder Gesamtnormverweise auf nationales Recht

1. Begriffe und besondere Brisanz im transnationalen Konzern

Für die Rechtspraxis von erheblicher Bedeutung ist die Beantwortung der Frage, ob es sich bei den im SPE-VOE-HU enthaltenen Verweisen auf nationales Recht um Sachnorm- oder Gesamtnormverweise handelt.

a) Gesamtnormverweise

Gesamtnormverweise referenzieren auf das nationale Sachrecht einschließlich Kollisionsrecht.⁷¹⁶ Bei sitzgekoppelten unverbundenen Gesellschaften kommt das Kollisionsrecht ein- und desselben Mitgliedstaates zur Anwendung, was die Rechtsanwendung weniger komplex macht. Bei sitzaufgespaltenen unverbundenen Gesellschaften können Gesamtnormverweise demgegenüber im Ergebnis zu starken Rechtsunterschieden führen, je nachdem in welchen Mitgliedstaaten die betreffende Gesellschaft ihren Satzungs- bzw. Verwaltungssitz unterhält.⁷¹⁷

Im Konzern ist neben dem Kollisionsrecht der Einzelgesellschaft zusätzlich das Internationale Konzernrecht zu berücksichtigen. Nach deutschem Internationales Konzernrecht sowie im Übrigen – soweit ersichtlich – auch dem IPR der anderen Mitgliedstaaten⁷¹⁸ gibt es nach ganz überwiegender Auffassung kein einheitliches Konzernstatut, sondern es herrscht Statutenpluralität. Mit im Detail unterschiedlicher methodischer Begründung unterliegt die Konzernbeziehung im vertraglichen wie faktischen Unterordnungskonzern grundsätzlich dem Personalstatut der abhängigen Gesellschaft als allseitiger Kollisionsnorm. Das Personalstatut der herrschenden Gesellschaft gilt nur insofern, wie es um den Schutz der übergeordneten Gesellschaft und ihrer Minderheitsgesellschafter und Gläubiger, sowie um Kompetenz- und Ordnungsregelungen innerhalb der übergeordneten Gesellschaft geht. Das jeweilige Personalstatut bestimmt sich je nach Geltung der Gründungs- bzw. Sitztheorie nach dem Recht des Satzungs- bzw. Verwaltungssitzes der betreffenden Gesellschaft. In Deutschland lehnt die ganz überwiegende Meinung auch bei einer etwaigen Sitzaufspaltung Sonderanknüpfungen an den Verwaltungssitz der nachgeordneten Gesellschaft ab.⁷¹⁹

⁷¹⁶ Vgl. z. B. *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 345; sowie *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 309 (mit Fn. 371).

⁷¹⁷ Grundsätzlich a. A. *Martens*, Managementstrukturen, S. 19.

⁷¹⁸ Vgl. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 787, 793 f., 810 ff.; wohl auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 161.

⁷¹⁹ Allgemein *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, Einl. §§ 291 ff. Rn. 36 ff. (allgemein), 50 (für Unternehmensverträge), 54 und § 317 Rn. 112 (jeweils für den faktischen Unternehmensverbund); *ders.*, in: Roth/Altmeppen/GmbHG, Anh. § 13 Rn. 160 ff.; *Süß*, in: *ders./Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts*, § 1 Rn. 154, 156; *Heckschen*, in: *Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts*, § 6 Rn. 33 ff. (für Unternehmensverträge); *Großfeld*, in: *Staudinger-BGB, Int.GesR* Rn. 556 ff. – noch unter uneingeschränkter Geltung der Sitztheorie; gegen die erwähnte Sonderanknüpfung *Leible*, in: *Michalski/GmbHG, Sytemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht* Rn. 217 ff. m. w. N.; *Servatius*, in: *Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht* Rn. 557 ff.; *ders.*, in: *Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht* Rn. 404 ff.; *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht* Rn. 1088 ff.; *Veil*, in: *Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. Rn. 44 ff.*; *Kindler*, in: *MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht* Rn. 756 ff.; grundsätzlich gegen die Sonderanknüpfung *Spahlinger/Wegen*, *Int. Gesellschaftsrecht*, Rn. 364 ff., 389 ff.; dagegen für die Sonderanknüpfung *Emmerich*, in: *ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 291 Rn. 33 ff.; für Sonderanknüpfung nur im Vertragskonzern *Schall*, in: *Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 31, 33 ff.*

Im nationalen Konzern kommt das Kollisionsrecht ein- und desselben Mitgliedstaates zur Anwendung, was die Rechtsanwendung weniger komplex macht. Im transnationalen Konzern gelten nach deutschem Internationalen Konzernrecht die Personalstatute sowohl der abhängigen als auch der herrschenden Gesellschaft als allseitige Kollisionsnormen. Hierdurch wird die Rechtsanwendung vergleichsweise komplex. Die Sitzaufspaltung könnte die Komplexität allerdings im Vergleich zur Sitzkoppelung möglicherweise etwas vermindern.

b) Sachnormverweise

Versteht man die Verweissnormen dagegen als Sachnormverweise, so referenzieren sie auf das Sachrecht des betreffenden Mitgliedstaates unter Ausschluss von dessen Kollisionsrecht.⁷²⁰ Bei unverbundenen Gesellschaften vermindern Sachnormverweise möglicherweise die Komplexität der Rechtsanwendung.⁷²¹ Im Konzern gilt das Konzernsachrecht ohne vorherige Anwendung des Internationalen Konzernrechts. Im transnationalen Konzern bleibt lediglich fraglich, ob und wie verschiedene Konzernsachrechte parallel gelten und aufeinander abgestimmt werden können. Daher vermindern Sachnormverweise die Komplexität der Rechtsanwendung möglicherweise auch im Konzern.

2. Auslegung des SPE-VOE-HU

a) Wortlautauslegung

Fraglich ist, ob sich um Wortlaut des SPE-VOE-HU Hinweise darauf finden, ob der Verordnungsgeber seine Verweissnormen als Sachnorm- und Gesamtnormverweise versteht. Der Verweis auf das Sitzstaatenrecht in Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU kann in beide Richtungen verstanden werden.⁷²² Auch im Übrigen zeichnet der Wortlaut des SPE-VOE-HU ein uneinheitliches und damit unklares Bild.⁷²³ Zwar verwendet die englische Fassung des SPE-VOE-HU durchgängig den Begriff „*national*“, was darauf hindeuten kann, dass der Verordnungsgeber sämtliche Verweissnormen als Gesamtnormverweise verstanden wissen will.⁷²⁴ In der deutschen Fassung allerdings verwendet der Verordnungsgeber sowohl den Gesamtnormverweise meinenden Begriff „*einzelstaatliches Recht*“⁷²⁵ als auch den Sachnormverweise meinenden Begriff „*innerstaatliches Recht*“.⁷²⁶ Auffällig ist, dass in

⁷²⁰ Vgl. z. B. *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 345; sowie *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 309 (mit Fn. 371).

⁷²¹ Grundsätzlich a. A. *Martens*, Managementstrukturen, S. 19.

⁷²² Das belegen die diesbezüglich divergierenden Ansichten: *Jung*, GesRZ 2012, 153, 157 – Verweis auf Sitzstaatenrecht spricht für Sachnormverweis, im Ergebnis offenlassend; *dies.*, Kapitalverfassung, S. 90 f., 96 f. – Sachnormverweis; a. A. *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 92 – Verweis auf Sitzstaatenrecht spricht für Gesamtnormverweis; ebenfalls in diese Richtung tendierend *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 113 et seq., 116, 120.

⁷²³ Ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 78; für Gesamtnormverweise dagegen *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 175; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 21 (mit Fn. 90); wohl auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 73; a. A. wohl *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 267 f., 270, 338.

⁷²⁴ Im Ergebnis ebenfalls für Einheitlichkeit *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 3 f.; *DAV*, Stellungnahme, Punkt 33, S. 12.

⁷²⁵ So in Art. 2 Abs. 1 lit. b, Art. 2 Abs. 1 lit. ba, Art. 4 Abs. 4, Art. 5 lit. c, Art. 5b Abs. 8, Art. 5b Abs. 9, Art. 5b Abs. 10, Art. 5b Abs. 12, Art. 6 Abs. 0, Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 2, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 lit. m, Art. 9 Abs. 2 lit. ma, Art. 9 Abs. 3, Art. 9 Abs. 4, Art. 9a Abs. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12, Art. 14 Abs. 3 S. 2, Art. 15 Abs. 1a lit. a, Art. 15 Abs. 1a lit. c, Art. 15 Abs. 6, Art. 16 Abs. 1, Art. 24 Abs. 3a, Art. 26 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1c S. 3, Art. 27 Abs. 3a, Art. 28 Abs. 3, Art. 28 Abs. 4, Art. 28 Abs. 7, Art. 31 Abs. 3, Art. 31 Abs. 4, Art. 38 Abs. 2a S. 3, Art. 40, Art. 41 Abs. 1 lit. c, Art. 41 Abs. 2,

Art. 5b Abs. 9 SPE-VOE-HU sogar beide Begriffe in ein- und demselben Absatz und damit in unmittelbarem Zusammenhang miteinander genannt sind. Außerdem verwendet der Verordnungstext ganz überwiegend die Wendung „maßgebendes einzelstaatliches Recht“, ⁷²⁷ obwohl Art. 4 Abs. 1a lit. b SPE-VOE-HU den Begriff „maßgebendes innerstaatliches Recht“ definiert. Diese Unterschiede leuchten nicht ein und sprechen für Übersetzungsschwächen der deutschen Fassung des SPE-VOE-HU. ⁷²⁸ Zu ähnlichen Schlüssen führt ein Blick in die französischsprachige Fassung des SPE-VOE-HU, ⁷²⁹ zumal auch die deutsch- und französischsprachigen Versionen voneinander abweichen. ⁷³⁰ Die offenbaren Beliebigkeiten bei den Übersetzungen sprechen dafür, die englische Fassung des SPE-VOE-HU als maßgeblich anzusehen. Die Wortlautauslegung des SPE-VOE-HU trägt also zu der Entscheidung zwischen Sachnorm- und Gesamtnormverweisen nicht bei.

Der in der englischen Fassung des SPE-VOE-HU verwendete Begriff „national“ könnte allenfalls eine Standard-Sammelbezeichnung ohne näher spezifizierenden Gehalt sein. In der Tat wäre es überraschend, wenn sich bereits durch die häufige Verwendung des Terminus „national“ bei der Schaffung der verschiedenen supranationalen Gesellschaftsformen bewusst ein rechtformübergreifender Grundsatz von Gesamtnormverweisen herausgebildet hätte. Vielmehr ist mit der deutschen Meinung zur SE-VO davon auszugehen, dass Erwägungen jenseits des Wortlauts mit berücksichtigt werden müssen und ggf. zu abweichenden Ergebnissen führen können. ⁷³¹

b) Systematisch-teleologische Auslegung

(1) Einheitliches Verständnis von Spezial- und Generalverweisen

Eine systematische Auslegung des SPE-VOE-HU könnte helfen zu entscheiden, ob der Ordnungsgeber seine Verweisnormen als Sach- oder Gesamtnormverweise verstanden wissen möchte.

Dazu muss zunächst beantwortet werden, wie die im SPE-VOE-HU enthaltenen Spezialverweise einzuordnen sind. Spezialverweise, die explizit auf nationales GmbH-Recht bzw. auf das durch Richtlinien harmonisierte Sitzstaatsrecht referenzieren, sind als Sachnormverweise zu verstehen, weil der Ordnungsgeber die betreffenden nationalen Regelungen methodisch zum Unionsrecht zählt ⁷³² und Unionsrecht ebenfalls ohne Umweg über ein Kollisionsrecht gilt. Als Sachnormverweise anzusehen sind aber auch solche Spezialverweise, die durch die

Art. 42, Art. 43 Abs. 2, Anlage I Regelungsauftrag Nr. 18; vgl. auch Einleitung, Erwägung 3, Erwägung 6, Erwägung 6a, Erwägung 7, Erwägung 7b, Erwägung 8b, Erwägung 13 und Erwägung 14a und in Art. 8 Abs. 1a, jeweils SPE-VOE-HU.

⁷²⁶ So in Art. 4 Abs. 2 lit. b, Art. 4 Abs. 3, 5b Abs. 0, 5b Abs. 9, Art. 9 Abs. 4; vgl. auch Erwägung 1 und Erwägung 6b, jeweils SPE-VOE-HU; Vgl. *Hommelhoff/Teichmann*, GmbH 2010, 337, 345; *Martens*, Managementstrukturen, S. 18; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 113 et seq.; allgemein *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 309 mit Fn. 371.

⁷²⁷ Vgl. Erwägung 8b, Art. 2 Abs. 1 lit. b und ba, Art. 5b Abs. 9, Art. 6, Art. 8 Abs. 1a, Art. 8 Abs. 2, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 lit. m und ma, Art. 9 Abs. 3, Art. 9 Abs. 4, Art. 9a Abs. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12, Art. 14 Abs. 3, Art. 15 Abs. 1a, Art. 15 Abs. 6, Art. 16 Abs. 1, Art. 24 Abs. 3a, Art. 26 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1c, Art. 27 Abs. 3a, Art. 28 Abs. 3, Art. 28 Abs. 4, Art. 28 Abs. 7, Art. 31 Abs. 4, Art. 40, Art. 41 Abs. 1, Art. 41 Abs. 2, Art. 43, Anhang 1 Regelungsauftrag 18.

⁷²⁸ So auch *Jung*, GesRZ 2012, 153, 157.

⁷²⁹ Ganz überwiegende Verwendung des Begriffs „national“, allerdings Verwendung des Begriffs „interne“ in den Erwägungen 1, 3 und 13 (S. 6, 7 und 12); a. A. *Jung*, GesRZ 2012, 153, 157.

⁷³⁰ Erwägungen 2 und 13.

⁷³¹ Bei der SE wird allgemein von Sachnormverweisen ausgegangen, vgl. z. B. *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 118 f.; im Ergebnis auch *C. Schäfer*, in: MÜKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 9.

⁷³² Vgl. Kapitel 3 A. II.

Bezugnahme auf das maßgebliche inner- bzw. einzelstaatliche Recht bzw. einfach auf das einzelstaatliche Recht auf bestimmte Bereiche des nationalen GmbH-Rechts⁷³³ verweisen. Zwar könnte bei unbefangener Betrachtung und Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes davon ausgegangen werden, dass solche Verweise das Internationale Privatrecht einschließen. Doch macht sich der Verordnungsgeber durch solche Verweise die betreffenden nationalen Regelungen zu eigen und baut sie ganz gezielt in sein Regelungskonzept ein.⁷³⁴ Da auch die übrigen sachlichen Regelungen in der SPE-VO unumwunden gelten, ist davon auszugehen, dass auch diese „adoptierten“ nationalen Regelungen ohne Umweg über die Kollisionsrechte unmittelbar gelten sollen. Folglich sind zahlreiche Spezialverweise als Sachnormverweise zu verstehen.⁷³⁵ Nur bei vereinzelt Spezialverweisen wie z. B. bei Art. 4 Abs. 4 SPE-VOE-HU ist es ausnahmsweise angezeigt, sie als Gesamtnormverweise zu verstehen.⁷³⁶

Bei den Gesamtnormverweisen passen die vorstehenden Argumente indes nicht, weil sie gerade nicht gezielt und punktuell wirken sollen. Würde man sie allerdings ebenso wie die Spezialverweise als Sachnormverweise interpretieren, würden zusätzliche Abgrenzungsprobleme⁷³⁷ vermieden, die an den Schnittstellen der verschiedenen Verweisungsnormen entstehen würden. Dies würde die Rechtsanwendung im SPE-Konzern erheblich vereinfachen und damit den *effet utile*⁷³⁸ des SPE-VOE-HU fördern. Damit plädiert der *effet utile*⁷³⁹ für ein möglichst einheitliches Verständnis sämtlicher im SPE-VOE-HU Verweisungsnormen.⁷⁴⁰ Demnach sind auch die Generalverweise als Sachverweise zu verstehen.

Folglich spricht eine systematische Auslegung dafür, die im SPE-VOE-HU enthaltenen Spezial- und Generalverweise einheitlich entweder als Sachnorm- oder als Gesamtnormverweise zu interpretieren.⁷⁴¹ Indem zahlreiche Spezialverweise als Sachnormverweise klassifiziert werden können, sind demnach auch die übrigen Spezialverweise sowie die Generalverweise grundsätzlich als Sachnormverweise zu verstehen. Ein Verständnis als Gesamtnormverweis kommt nur ganz ausnahmsweise in Betracht, wenn – wie z. B. bei Art. 4 Abs. 4 SPE-VOE-HU – besondere Gründe für solches Verständnis sprechen.

(2) Vergleich mit anderen supranationalen Rechtsformen

Im Rahmen der systematischen Auslegung des SPE-VOE-HU könnte außerdem ein Vergleich der SPE mit anderen supranationalen Rechtsformen helfen, um eine Entscheidung zwischen Sach- und Gesamtnormverweisen zu treffen.

⁷³³ Z. B. in Bezug auf Formerfordernisse für die Satzung und Gesellschafterbeschlüsse sowie in Bezug auf Jahresabschlüsse.

⁷³⁴ Vgl. Kapitel 3 A. II., B. IV. sowie unter vorstehend A.

⁷³⁵ Vgl. z. B. zur SE *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 8.

⁷³⁶ A. A. in Bezug auf die Parallelvorschrift in der SE-VO C. *Schäfer*, in: MÜKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 9 Rn. 3.

⁷³⁷ Vgl. Kapitel 2 E.

⁷³⁸ Dazu Kapitel 2 H.

⁷³⁹ Dazu Kapitel 2 H.

⁷⁴⁰ So in Bezug auf die SE *Kindler*, in: MÜKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 81; *Wagner* NZG 2002, 985, 987; *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 553; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 15; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 34; im Ergebnis auch *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 63; weitergehend *Culmann*, SPE in der Krise, S. 59 f., 84 ; für die SE *Schwarz*, EU-Gesellschaftsrecht, Rn. 960, 1112; offenlassend *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 286 ff.

⁷⁴¹ Im Ergebnis für einheitliches Verständnis als Gesamtnormverweise *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 78 f.

Fraglich ist, welche Hinweise ggf. die Wortlaute der für die anderen supranationalen Rechtsformen formulierten Rechtsakte geben. Die EWIV-VO gebraucht die Begriffe „*einzelstaatlich*“ bzw. „*national*“ bzw. „*national(e)*“⁷⁴² sowie „*innerstaatlich*“ bzw. „*internal*“ bzw. „*interne*“⁷⁴³ in sämtlichen Sprachfassungen gleich. Nach der in Deutschland allgemein vertretenen Meinung handelt es sich hierbei um eine bewusste und im wörtlichen Sinne zu verstehende Trennung zwischen Gesamt- und Sachnormverweisungen.⁷⁴⁴ Die SCE-VO verwendet demgegenüber wie der SPE-VOE-HU im Englischen durchgängig den Begriff „*national*“ und ist in den übrigen Sprachfassungen inkonsistent.⁷⁴⁵ Die SE-VO verwendet in ihren englisch- bzw. französischsprachigen Fassungen die Begriffe „*national*“ bzw. „*nationale*“ und ist im Deutschen uneinheitlich.⁷⁴⁶ Mithin scheinen auch bei EWIV-VO, SCE-VO und SE-VO die englischen Fassungen maßgeblich zu sein. Sie lassen aber keinen sicheren Schluss in die eine oder andere Richtung zu. Freilich könnten die bei den anderen Rechtsformen angeführten systematisch-teleologischen Argumente auf die SPE übertragen werden. So wird vertreten, bislang seien Wissenschaft und Praxis auch bei den anderen supranationalen Rechtsformen schon immer von Sachnormverweisen ausgegangen.⁷⁴⁷ Aufgrund der Unterschiede der SPE im Vergleich zu diesen anderen Rechtsformen greift diese Argumentation bei der SPE aber zu kurz. So kann z. B. aufgrund der in Art. 7 SPE-VOE-HU „im Einklang mit dem geltenden einzelstaatlichen Recht“ zugelassenen Sitzaufspaltung⁷⁴⁸ anders als bei der SE nicht davon ausgegangen werden, das Problem sei „entschärft“ bzw. es bestehe für eine Gesamtnormverweisung „kein Bedürfnis“.⁷⁴⁹ Also können die bei anderen Rechtsformen gebrauchten systematisch-teleologischen Argumente nicht auf die SPE übertragen werden.

Folglich hilft im Rahmen der systematischen Auslegung des SPE-VOE-HU ein Vergleich der SPE mit anderen supranationalen Rechtsformen nicht, um eine Entscheidung zwischen Sach- und Gesamtnormverweisen zu treffen.⁷⁵⁰

(3) Regelungsbereich der SPE-VO

Fraglich ist allerdings, ob eine auf Fragen des Regelungsbereichs der SPE-VO fokussierte systematisch-teleologische Auslegung eher für Sachnorm- oder für Gesamtnormverweise spricht. Man könnte die im SPE-VOE-HU enthaltenen Verweise so verstehen, dass sie sich als weite Gesamtnormverweise auf sämtliche Bereiche jenseits der expliziten Verordnungsregelungen und damit auch auf Bereiche jenseits des Gesellschaftsrechts

⁷⁴² Vgl. einige der Erwägungen, sowie Art. 8 S. 3, Art. 9 Abs. 1, Art. 23 Abs. 1, Art. 35 Abs. 2, Art. 36 und Art. 37 Abs. 1 und 2.

⁷⁴³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 EWIV-VO.

⁷⁴⁴ Vgl. nur *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 309 ff.; *Behrens*, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht, Kap. E. III. Rn. 151; zur Qualifizierung von Art. 2 EWIV-VO als Sachnormverweisung vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 40 Rn. 7 (mit Fn. 25).

⁷⁴⁵ Vgl. Art. 12 Abs. 2, Art. 47 Abs. 4, Art. 63 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und Art. 78 SCE-VO; soweit ersichtlich in der Literatur bislang nicht erörtert; auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 42 Rn. 13, beschränken sich auf allgemeine Verweisen auf Parallelen zur SE.

⁷⁴⁶ „*Einzelstaatlich*“, außer in den Erwägungen 4 und 22.

⁷⁴⁷ So *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 549; ähnlich für die SPE *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 196 (mit Fn. 865).

⁷⁴⁸ Vgl. auch SPE-VOE-HU Erwägungsgrund 6a (S. 9); zur etwaigen Abschaffung der Sitzaufspaltung bei der SE vgl. z. B. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 7 SE-VO Rn. 9 f.; *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 273 m. w. N.

⁷⁴⁹ Mit solchen Hinweisen bei der SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 9; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Artikel 9 Rn. 3.

⁷⁵⁰ So auch die allgemeine Meinung bei der SE, wo im Ergebnis von Sachnormverweisen ausgegangen wird, vgl. z. B. *Siems*, in: KK-AktG, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 118 f.; im Ergebnis auch *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 9.

erstrecken. Für einen Regelungswillen des Verordnungsgebers jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO könnte zunächst sprechen, dass hierdurch eine einheitliche und unkomplizierte Handhabung der SPE erreicht werden kann.⁷⁵¹ Außerdem könnte angeführt werden, Gesamtnormverweise führten zu sachgerechteren Lösungen.⁷⁵² Schließlich könnte man noch den Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU⁷⁵³ und auf den Gesamtnormverweis in Art. 4 Abs. 4 SPE-VOE-HU⁷⁵⁴ als Argumente heranziehen.

Gegen die Auffassung weiter Gesamtnormverweise spricht allerdings, dass der Verordnungsgeber mit seinen Regelungen seinen Kompetenzbereich ausschöpfen, aber nicht überschreiten möchte. Sachrechtliche Regelungen verstoßen nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip. Daher darf davon ausgegangen werden, dass der Verordnungsgeber mit den Verweisnormen nur Lücken innerhalb des Regelungsbereichs der SPE-VO regeln, dies aber durchaus auch auf sachrechtlicher Ebene tun möchte.⁷⁵⁵ Diese Erwägungen sprechen für auf den Regelungsbereich beschränkte Sachnormverweise. Außerdem lassen sich den Schnittstellen von Gesellschafts-, Delikts-, Insolvenz- und Vertragsrecht⁷⁵⁶ auftretende Probleme mit Gesamtnormverweisen nicht vermindern, sondern sie würden nur verlagert oder gar vergrößert. Denn neben den ohnehin bestehenden Abgrenzungsfragen zwischen dem Gesellschaftsrecht und anderen Bereichen würden sich umso mehr Abgrenzungsfragen zwischen Bereichen diesseits und jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO stellen. So oder so sind die Unternehmen mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten wie z. B. dem Satzungssitz, dem *COMI*, dem Wirkungsstatut und dem Vertragsstatut konfrontiert. Dementsprechend verfangen auch Verweise auf den Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU und auf den Gesamtnormverweis in Art. 4 Abs. 4 SPE-VOE-HU nicht. Auch führen Gesamtnormverweise nicht unbedingt zu einer sachgerechteren Lösung – schließlich bleibt in dem klassischen Streit zwischen Sitz- und Gründungstheorie offen, welche der beiden Lösungen denn nun wirklich die sachgerechtere ist.⁷⁵⁷

Folglich sind die Verweisnormen in einer systematisch-teleologischen Auslegung des SPE-VOE-HU nicht so verstehen, dass sie sich als weite Gesamtnormverweise auf sämtliche Bereiche jenseits der expliziten Verordnungs-

⁷⁵¹ So *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 345; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 91 et seq.; ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 77 f.; in Bezug auf die SE *Teichmann*, GPR 2010, 85, 87; *ders.*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 296, 299 ff.; in dieselbe Richtung *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 120, 127; *Martens*, Managementstrukturen, S. 19, 77, 162, 169; a. A. in Bezug auf die SE wohl *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 549; bei der SPE wohl a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 62, 71, 73 ff.; vgl. auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 271 ff., 277 ff.; *Lorenz*, in: Beck'scher OK-BGB, Einl. IPR Rn. 4, Art. 4 EGBGB Rn. 3; *Weller*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 315; wie hier *Jung*, GesRZ 2012, 153, 160; vgl. aber auch die Nachweise in Fn. 676 und 678.

⁷⁵² So *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 296, 299 ff.; ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 77 f.

⁷⁵³ „Nicht oder nur teilweise geregelt“.

⁷⁵⁴ So in Bezug auf die SE *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 296, 299 ff.; nunmehr auch in Bezug auf die SPE *ders.*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 84, 91 et seq.; möglicherweise auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 19, 77.

⁷⁵⁵ Ebenso in Bezug auf die SE *Wagner* NZG 2002, 985, 988; *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 548 f.; ähnlich in Bezug auf die SPE *Culmann*, SPE in der Krise, S. 84; möglicherweise auch *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 840; a. A. wohl *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 276, 285 f., 288 – Sachnormverweise beziehen sich auch auf Materien jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO; vgl. auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 61.

⁷⁵⁶ Zu dieser Schnittstellenproblematik vgl. *Hommelhoff/Freudenberg*, in: FS Wellensiek, S. 461 ff.; *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 268, 273 ff., 286 f.; *Culmann*, SPE in der Krise, S. 211 f.; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 105, 112 et seq., 124.

⁷⁵⁷ Zu den ausgetauschten Argumenten vgl. ausführlich *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 351 ff.; *ders.*, AG 2007, 721, 726 f.; *Weller*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 320 ff.; *Spahlinger*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht, Dt. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 29 ff.

regelungen und damit auch auf Bereiche jenseits des Gesellschaftsrechts erstrecken. Vielmehr sprechen systematisch-teleologische Erwägungen für auf den Regelungsbereich beschränkte Sachnormverweise.⁷⁵⁸

(4) Rechtsfolgenvergleich

(a) Effet utile als Entscheidungskriterium

Ausschlaggebend für die Entscheidung zwischen Sachnorm- und Gesamtnormverweisen könnte aber eine am *effet utile* der SPE-VO orientierte objektiv-teleologische Auslegung des SPE-VOE-HU sein. Eine der Verweismethoden könnte im transnationalen Konzern zu einfacheren, rechtlich sichereren und unionsweit einheitlicheren Lösungen führen. Indem der Verordnungsgeber die SPE auch als Flaggschiff für einen effizienten Aufbau transnationaler Konzerne zur Verfügung stellen möchte,⁷⁵⁹ würde diese Verweismethode den *effet utile* der SPE-VO stärker verwirklichen als die jeweils andere Verweismethode. Da der *effet utile* der SPE-VO bei deren Auslegung einen überragend wichtigen Stellenwert hat, muss die Entscheidung zwischen Sachnorm- und Gesamtnormverweisen unter Berücksichtigung der Effizienzauswirkungen im SPE-Konzern gefällt werden. Der Rechtsfolgenvergleich könnte zeigen, dass Sachnormverweise den *effet utile* besser verwirklichen als Gesamtnormverweise.

(b) Rein nationaler Konzern

Im nationalen SPE-Konzern, in dem die Satzungs- und Verwaltungssitze der Konzernspitze und sämtlicher Konzerngesellschaften im Inland belegen sind, ist die Rechtslage einfach und eindeutig, gleich ob man von Sachnorm- oder Gesamtnormverweisen ausgeht. Es gilt ohne Umweg über irgendein Kollisionsrecht unmittelbar das innerstaatliche Sachrecht. Das betrifft sowohl das Recht der Einzelgesellschaft als auch das Konzernrecht.

(c) Transnationaler Konzern ohne Sitzaufspaltung

(i) Folgen von Gesamtnormverweisen

Fraglich ist, welche Folgen Gesamtnormverweise im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern haben. Im Hinblick auf die Rechte der Einzelgesellschaften führen Gesamtnormverweise zur Statutenpluralität. Daher können die einzelnen Konzerngesellschaften umso weniger parallel nach einheitlichem Unionsrecht verwaltet und gesteuert werden, je mehr nationales Recht in das Recht der SPE eindringt.⁷⁶⁰ Außerdem kann der mit der Annahme von Gesamtnormverweisen verbundene Zwischenschritt über die Kollisionsrechte beschwerlich sein, weil die Internationalen Gesellschaftsrechte teilweise Varianten bzw. Mischformen der gängigen Theorien auf-

⁷⁵⁸ So im Ergebnis auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 98, 115.

⁷⁵⁹ Vgl. SPE-VOE-K Begründung S. 2.

⁷⁶⁰ So auch *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 110 et seq., 113 et seq.; *Navez*, in: ECFR-Special 2013, pp. 147, 159; *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, 243, 262; *Schutte-Veenstra/Verbrugh*, in: ECFR 2013, pp. 263, 292; *Mock*, in: ECFR-Special 2013, 349, 357; *Martens*, Managementstrukturen, S. 26, 239; *Gutsche*, in: FS Hommelhoff, S. 285, 299, 301; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 843; allgemein *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 190 ff.

weisen.⁷⁶¹

Zusätzlich kommen die Internationalen Konzernrechte der Sitzstaaten zur Anwendung. Selbst wenn alle beteiligten Internationalen Konzernrechte dieselben Anknüpfungsmomente vorsähen und damit eine *Kollision der Kollisionsrechte* ausgeschlossen wäre, würden mehrere Sachrechte nebeneinander zur Anwendung kommen. Die Disparität der Konzernsachrechte⁷⁶² und möglicherweise auch der Kollisionsrechte würde die Steuerung des Gesamtkonzerns vor beträchtliche Herausforderungen stellen.⁷⁶³ Es ist bislang ungeklärt, wie mit offenen und versteckten Widersprüchen, Auslegungszweifeln und Nichtregelungen umgegangen werden kann.⁷⁶⁴ Durch die bestehende Rechtsunsicherheit sowie den erhöhten Zeit- und Kostenaufwand wird die Effizienz im Konzern gemindert.

(ii) Folgen von Sachnormverweisen

Im Recht der Einzelgesellschaft führen Sachnormverweise ebenso wie Gesamtnormverweise zur Statutenpluralität. Allerdings steigt die Effizienz dadurch, dass der Zwischenschritt über die Kollisionsrechte entfällt. Nationales Konzernrecht gilt über Art. 4 Abs. 2 und 3 und die übrigen Verweisungsnormen im SPE-VOE-HU, weil der Regelungsbereich der SPE-VO auch das SPE-Konzernrecht umfasst.⁷⁶⁵ Da Mutter und Tochter in unterschiedlichen Mitgliedstaaten belegen sind, gelten die Konzernrechte beider Mitgliedstaaten allerdings *prima facie* jeweils für das gesamte Konzernverhältnis. Damit käme es zu einer ggf. stark effizienzmindernden *Kollision der Sachrechte*.

Diese *Kollision der Konzernsachrechte* kann aber möglicherweise vermieden werden. Würde man einzig und allein das im Domizilstaat der Konzernmutter geltende Konzernrecht anwenden, wäre dies befremdlich, weil der Gefahrenschwerpunkt bei der Tochtergesellschaft liegt.⁷⁶⁶ Es könnte ein wahrer *Konzernrechtstourismus* ausbrechen, wobei der Umgehungsschutz nach Artt. 44, 45 SPE-VOE-HU und ein *Wettbewerb der Konzernrechte* allenfalls in begrenztem Maße Abhilfe schaffen können.⁷⁶⁷ Würde man das Konzernrecht dagegen einheitlich dem Sitzstaatenrecht der Tochter-SPE unterwerfen,⁷⁶⁸ könnten sich die Gläubiger und Minderheitsgesellschafter der Obergesellschaft wohl nur schwer mit den Rechtslagen in den Töchter-Domizilstaaten anfreunden bzw. abfinden. Außerdem enthält der SPE-VOE-HU keine den Erwägungen 15 und 17 der SE-VO entsprechenden Erwägungen.

⁷⁶¹ Sonderwege beschreiten z. B. Italien, Spanien, Estland, Dänemark, Litauen, die Niederlande, Slowenien, Tschechien und Ungarn sowie sogar das Paradebeispiel England; vgl. *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 508 ff.; *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 1136, 1154, 1231, 1268, 1462 ff. (mit Fn. 2009, 2013); *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, S. 119 ff., 149 (mit Fn. 253), 151 ff.; a. A. zum englischen Recht *Schwarz*, NZG 2001, 613.

⁷⁶² Überblickartig *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 ff.; *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59 ff.

⁷⁶³ Besonders anschaulich *Chiappetta*, Positionspapier, S. 1 ff.

⁷⁶⁴ Vgl. auch *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 773; im Ergebnis ebenso *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 67.

⁷⁶⁵ A. A. zur SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 7, 12; *Habersack*, Emmerich/ders./Konzernrecht, Einl. Rn. 46 f.; *Veil*, in: Jannott/Frodermann/SE-Handbuch, Kap. 11 Rn. 3; *Brandi*, NZG 2003, 889, 893.

⁷⁶⁶ So auch *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 306 f.

⁷⁶⁷ Zum Umgehungsschutz, allerdings nur bezogen auf mitbestimmungsrechtliche Belange, vgl. SPE-VOE-HU Erwägungsgrund 16 (S. 13).

⁷⁶⁸ In diese Richtung *Wagner*, NZG 2002, 985, 987 f.; dagegen *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 306 f.

gen.⁷⁶⁹

In letzter Konsequenz erscheint es gangbarer und konsensfähiger zu sein, die Wertungen des Internationalen Konzernrechts auf das Konzernrecht der SPE zu übertragen⁷⁷⁰ und so zu einem Institut *wertender Sachnormverweise* zu gelangen.⁷⁷¹ So unterfallen Fragen rund um das Konzernverhältnis sowie den Gläubiger- und Minoritätenschutz auf Ebene der Untergesellschaft deren Personalstatut. Fragen rund um den Gläubiger- und Minoritätenschutz sowie Fragen der internen Organisation der Obergesellschaft auf Ebene der Obergesellschaft werden wiederum deren Personalstatut anheimgestellt. Dadurch lässt sich zwar eine Zersplitterung innerhalb des transnationalen Konzerns nicht verhindern, doch sind zumindest in Bezug auf die Mutter-SPE die Maßstäbe vereinheitlicht. Außerdem sind die Interessen aller Beteiligten gewahrt, indem die ihnen jeweils sachnächste Rechtsordnung Anwendung findet. Dass diese sachnächste Rechtsordnung nicht wie herkömmlicherweise über die Kollisionsrechte gefunden werden muss, ist in der Natur der SPE als supranationaler Rechtsform begründet. Wer sich zu supranationalen Rechtsformen als Mittel zur Förderung des Binnenmarktes bekennt, muss sich auch zu einer eindeutigen und einfachen Lösung der konzernrechtlichen Fragen bekennen. Der Sonderweg der *wertenden Sachnormverweise* ist also nicht nur angemessen, sondern notwendig. Eine ggf. entstehende *Kollision der Konzernsachrechte* kann also dadurch vermieden werden, dass man von *wertenden Sachnormverweisen* ausgeht. Mithin steigern Sachnormverweise im Vergleich zu Gesamtnormverweisen die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern.

(d) Transnationaler Konzern mit Sitzaufspaltung

(i) Folgen von Gesamtnormverweisen

Gesamtnormverweise würden auf das Kollisionsrecht desjenigen Mitgliedstaates referenzieren, in dem die Satzungssitze der Konzerngesellschaften konzentriert sind. Folgt der Domizilstaat der Gründungstheorie, müssen die Verwaltungssitzstaaten nach Art. 7 SPE-VOE-HU i. V. m. dem Sachrecht des Domizilstaates die Tochter-SPE anerkennen, ohne dass es auf ihre Kollisions- oder Sachrechte ankommt.⁷⁷² Das würde auch für das Konzernrecht gelten. Zu einer *Kollision der Kollisionsrechte* käme es nicht.

Sind die Satzungssitze sämtlicher Gesellschaften dagegen in einem der Sitztheorie folgenden Mitgliedstaat konzentriert, käme es im nächsten Schritt darauf an, welcher Theorie die Verwaltungssitzstaaten der Tochter-SPEs folgen. Folgen sie der Gründungstheorie, nehmen sie die Verweisung an und verweisen auf das Sachrecht des Domizilstaates zurück.⁷⁷³ Erkennt das Sachrecht des Satzungssitzmitgliedstaates die Sitzaufspaltung nicht an, müssten die Tochter-SPEs identitätswahrend, aber statutenwechselnd in ihren jeweiligen Verwaltungssitzstaat

⁷⁶⁹ Hierauf die Argumentation bei der SE stützend z. B. Lächler, SE-Konzernrecht, S. 109 f.; überblicksartig Altmeyden, in: Spindler/Stilz/AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 19 ff. m. w. N.; vgl. auch Veil, WM 2003, 2169 ff.

⁷⁷⁰ Unklar Kneisel, SPE im Konzern, S. 70 (mit Fn. 428), 98 – 103, 108 ff., 191, 279 f.

⁷⁷¹ So wohl auch Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 37; Paefgen, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 24 ff., 90, 92, 94.

⁷⁷² Überblicksartig z. B. Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 508 ff.; Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 1462 ff.

⁷⁷³ Vgl. ausführlich Tschorr, Verlegung des Satzungssitzes, S. 12 ff.; Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 509; Spahlinger/Wegen, in: dies./Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 1136, 1462 (mit Fn. 2009); a. A. allerdings Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, S. 149 (mit Fn. 253).

umziehen.⁷⁷⁴ Folgt ein Verwaltungssitzstaat⁷⁷⁵ dagegen der Sitztheorie, kommt es zu keiner Rückverweisung, sondern es beurteilt sich nach dem Sachrecht des Verwaltungssitzstaates, ob und in welcher Form er die Gesellschaft anerkennt.⁷⁷⁶ Es käme es zum Statutenwechsel unabhängig davon, ob das Sachrecht des Domizilstaates die Sitzkoppelung im Inland fordert oder nicht. Daraus ergibt sich, dass Gesamtnormverweise die Rechtslage sehr komplex gestalten und daher die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern stark mindern.

(ii) Folgen von Sachnormverweisen

Sind die Satzungssitze in einem die Sitzaufspaltung zulassenden Mitgliedstaat konzentriert, muss der Verwaltungssitzstaat die SPE nach Art. 7 SPE-VOE-HU i. V. m. dem Sachrecht des Domizilstaates anerkennen, ohne dass es auf sein Kollisions- oder Sachrecht ankommt. Auch konzernrechtlich kann die Unternehmensgruppe länderübergreifend grundsätzlich einheitlich behandelt werden.⁷⁷⁷ Mithin ergeben sich im Ergebnis keine Unterschiede zur Annahme von Gesamtnormverweisen.

Sind die Satzungssitze dagegen in einem Mitgliedstaat konzentriert, dessen Sachrecht Sitzkoppelung verlangt, müssten die Tochter-SPEs identitätswahrend in die Verwaltungssitzstaaten umziehen.⁷⁷⁸ Aufgrund der umfangreichen Verweise des SPE-VOE-HU in das nationale Recht würde der Umzug auch bei der SPE einen aufwändigen Statutenwechsel mit sich bringen. Im Vergleich zu Gesamtnormverweisen ist die Effizienz gleichwohl gesteigert, weil die aufwändigen Zwischenschritte über die Kollisionsrecht erspart werden und auch eine *Kollision der Kollisionsrechte* ausgeschlossen ist.

(5) Zwischenfazit: Sachnormverweise im SPE-VOE-HU

In systematisch-teleologischer Auslegung sind sämtliche im SPE-VOE-HU enthaltene Spezial- und Generalverweise – also auch Art. 7 SPE-VOE-HU⁷⁷⁹ – einheitlich als auf den Regelungsbereich der SPE-VO beschränkte Sachnormverweise zu interpretieren.⁷⁸⁰ Hierbei hilft ein Vergleich der SPE mit anderen supranationalen Rechtsformen nicht. Vielmehr ist deshalb von Sachnormverweisen auszugehen, weil Sachnormverweise den vom Verordnungsgeber angestrebten *effet utile* stärker als Gesamtnormverweise verwirklichen.⁷⁸¹ Wenngleich die Rechtsfolgen von Sachnorm- und Gesamtnormverweisen sehr ähnlich sind, vermögen Sachnormverweise die

⁷⁷⁴ Vgl. Artt. 36 ff. SPE-VOE-HU; allgemein Leible, in: Michalski/GmbHG, System. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 54 ff.

⁷⁷⁵ Vgl. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, S. 120 (mit Fn. 100), 150; Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 511; Spahlinger/Wegen, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 1464 (mit Fn. 2086).

⁷⁷⁶ Vgl. z. B. Tschorr, Verlegung des Satzungssitzes, S. 11 f.; Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, S. 120 (mit Fn. 103).

⁷⁷⁷ Zum Umgehungsschutz, allerdings nur bezogen auf mitbestimmungsrechtliche Belange, vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 16 (S. 13).

⁷⁷⁸ Vgl. Artt. 36 ff. SPE-VOE-HU; allgemein Leible, in: Michalski/GmbHG, System. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 54 ff.

⁷⁷⁹ Vgl. Kapitel 2 G sowie unter vorstehend II.

⁷⁸⁰ Dagegen offenbar für auf den Regelungsbereich beschränkte enge Gesamtnormverweise Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 176, 187 f.; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 77 f.; offenlassend Jung, Kapitalverfassung, S. 384.

⁷⁸¹ So auch Culmann, SPE in der Krise, S. 60, 84; ähnlich Kneisel, SPE im Konzern, S. 62, 71, 73 ff.; für SE Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 71; Kindler, in: MüKo-BGB, IntGesR Rn. 81; Wagner NZG 2002, 985, 987; Jaecks/Schönborn RIW 2003, 254, 257; Schwarz, EU-Gesellschaftsrecht, Rn. 960; vgl. auch Brandt/Scheifele DStR 2002, 547, 549; im Ergebnis wohl a. A. Martens, Managementstrukturen, S. 160 ff., wohl auch auf S. 169, 171 f.

Ergebnisse schneller, einfacher und sicherer zu erreichen, indem sie den Zwischenschritt über im Detail tückische IPR-Prüfungen ersparen.⁷⁸² Diesen Zwischenschritt zu ersparen empfiehlt sich auch deshalb, weil eine Harmonisierung der Kollisionsrechte nicht absehbar ist.⁷⁸³

IV. Anwendung des nationalen Rechts im SPE-Konzern

1. Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Sekundärrecht

Kommt nach Art. 4 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 1a S. 2 bzw. den anderen Verweisnormen des SPE-VOE-HU das nationale Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates zur Anwendung, muss es zunächst mit dem Sekundärrecht vereinbar sein.⁷⁸⁴

Das ist zunächst dann der Fall, wenn das nationale Recht den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht widerspricht. Dies gilt auch für die SPE-Ausführungsgesetze der Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten müssen bei deren Erlass die Regelungen der SPE-VO beachten, sofern ihnen der Verordnungsgeber nicht mithilfe von Wahlrechten⁷⁸⁵ ausdrücklich ein Abweichen von der SPE-VO gestattet.⁷⁸⁶ Das ergibt sich aus der Parallele zu den Satzungswahlrechten und dem Willen des Verordnungsgebers nach einer unionsweit möglichst einheitlichen SPE.⁷⁸⁷ Die Grenzen des Regelungsspielraums ergeben sich aus dem Wortlaut⁷⁸⁸ bzw. einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU⁷⁸⁹ und des übrigen Unionsrechts.

Des Weiteren ist fraglich, welche Auswirkungen das Sekundärrecht auf die Auslegung des nationalen Rechts und auf Lückenschließungen im nationalen Recht hat. Zunächst kommt in Betracht, das nationale Recht nach unionsrechtlichen Grundsätzen auszulegen und etwaige Auslegungszweifel im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens vor den *EuGH* zu bringen. Dagegen spricht allerdings, dass die lückenfüllende Anwendung des jeweiligen nationalen Rechts ein wesentliches Strukturmerkmal der SPE ist. Durch unionsrechtliche Auslegungsgrundsätze würde der Verordnungsgeber das nationale Recht usurpieren. Damit würde er nicht nur seine Kompetenzen überschreiten, sondern auch dem erklärten Willen der Mitgliedstaaten widersprechen. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber das möchte. Eine Entscheidungskompetenz des *EuGH* erscheint zwar sinnvoll, ist aber aus Gründen des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht zu rechtfertigen. Folglich erscheint eine Auslegung nach unionsrechtlichen Grundsätzen samt Vorlage an den *EuGH* im Wege des Vorabentscheidungsver-

⁷⁸² Vgl. *Brandt/Scheifele DStR* 2002, 547, 549; *Wagner, NZG* 2002, 985, 987 f.; *Nachtwey, Bilanzrecht*, S. 270 f., 609 ff.

⁷⁸³ Vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt, EU-UKR*, § 18 Rn. 102 – unter Hinweis auf die diesbezüglichen Beratungen der *Reflection Group*.

⁷⁸⁴ Ebenso *Freudenberg, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife*, S. 225 ff.; für Auslandsgesellschaften vgl. auch *Forsthoff*, in: *Hirte/Bücker/Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn. 36 f.

⁷⁸⁵ Allerdings missverständlich, weil wohl falsch übersetzt, Erwägung 4 SPE-VOE-SE; vgl. auch *Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife*, S. 139.

⁷⁸⁶ Ähnlich für die SPE *Jung, GesRZ* 2012, 153, 156; *Jung, Kapitalverfassung*, S. 84; für die SE *Veil, KK-AktG*, Art. 9 SE-VO Rn. 60; auch Erwägung 6b SPE-VOE-HU (S. 9) dürfte nicht anders zu verstehen sein; vgl. auch *Hommelhoff/Teichmann, GmbHR* 2010, 337, 340.

⁷⁸⁷ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 5 (S. 8).

⁷⁸⁸ Vgl. Art. 5b Abs. 9, Art. 9 Abs. 2a, Art. 15 Abs. 7, 19 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 24 Abs. 4, jeweils SPE-VOE-HU.

⁷⁸⁹ Vgl. auch *Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife*, S. 139 f.

fahrens als zu weitgehend.⁷⁹⁰ Aus denselben Erwägungen kann auch nicht befürwortet werden, das nationale Recht nach unionsweit einheitlichen Grundsätzen auszulegen und anzuwenden.⁷⁹¹ Man könnte aber auch überlegen, das nationale Recht in unionskonformer Anwendung der für das jeweilige nationale Recht geltenden Grundsätze auszulegen und im Fall von Lücken zu ergänzen. Hierfür spricht, dass sich hierdurch an den Schnittstellen von europäischem und nationalem Recht bestehende Unstimmigkeiten im Sinne des *effet utile*⁷⁹² abgemildert werden können,⁷⁹³ ohne dass gegen die Kompetenzen des Unionsgesetzgebers oder den Willen der Mitgliedstaaten verstoßen wird. Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das nationale Recht erforderlichenfalls in unionskonformer Anwendung der für das jeweilige nationale Recht geltenden Grundsätze auszulegen und im Falle von Lücken zu ergänzen ist.⁷⁹⁴

2. Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Primärrecht

Das nach Art. 4 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 1a S. 2 bzw. den anderen Verweissnormen des SPE-VOE-HU anwendbare nationale Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates muss des Weiteren mit dem Primärrecht vereinbar sein.

a) Mitgliedstaatliches Gleichbehandlungsgebot

Art. 18 AEUV verbietet den Mitgliedstaaten jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Die Mitgliedstaaten könnten allerdings auch jenseits von Art. 18 AEUV dem allgemeinen Gebot unterliegen, die SPE gegenüber den jeweiligen nationalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Sinne von VO-Anhang II⁷⁹⁵ gleichzubehandeln.

Ein solches Gleichbehandlungsgebot würde das Verbot einer ungerechtfertigten Diskriminierung umfassen,⁷⁹⁶ aber vorbehaltlich des Unionsrechts kein Verbot oder gar Gebot der Besserstellung der SPE gegenüber den nationalen Rechtsformen.⁷⁹⁷ Seine Konsequenz wäre z. B., dass die Mitgliedstaaten die SPE durch Nutzung der Staatenwahlrechte zwar geringeren, aber keinen strengeren Anforderungen als ihre nationalen Gesellschaften unterwerfen dürfen.⁷⁹⁸ Bei Art. 4 Abs. 2 lit. b, Abs. 3 SPE-VOE-HU handelt es sich um bloße Auffangregelungen bzw.

⁷⁹⁰ A. A. Hinblick auf die SE *Wulfers*, GPR 2006, 106, 111; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 43 f.; ähnlich *Grote*, SE-Statut zwischen europäischem und nationalem Recht, S. 52 ff.; *Bachmann*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 63 SE-VO Rn. 8; vgl. auch SPE-VOE-HU Erwägungen 3 (S. 7) und 20 (S. 15) sowie SPE-VOE-K Begründung S. 4, 6.

⁷⁹¹ A. A. in Bezug auf die SE *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, EWG_VO_2157_2001 Art. 9 Rn. 19; SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 15.

⁷⁹² Vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁷⁹³ So auch in Bezug auf die SE *Teichmann*, GPR 2010, 85, 87; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 60, 63; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 15; *Brandt/Scheifele*, DStR 2002, 547, 54; *Lächler/Oplustil*, NZG 2005, 381, 384 f.; ähnlich in Bezug auf die SE *Wulfers*, GPR 2006, 106, 111 ff.; zur SPE vgl. *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 139.

⁷⁹⁴ Ebenso *Jung*, GesRZ 2012, 153, 156; grundsätzlich a. A. *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 80; zur Auslegung und Ergänzung allgemein *Schmidt*, JuS 2003, 649 ff.

⁷⁹⁵ In Deutschland also der GmbH und in Großbritannien der Limited.

⁷⁹⁶ In Bezug auf die SPE *Jung*, GesRZ 2012, 153, 156; auf die SE *Oechseler*, MüKo-AktG, § 71 AktG Rn. 160; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 20; allgemein *Hailbronner*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, Kap. D. I. Grundregeln Rn. 1 ff.

⁷⁹⁷ Ebenso zur SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 10 SE-VO Rn. 3; wohl auch *Veil*, in: KK-AktG, Art. 10 SE-VO Rn. 4, 9; relativierend *Hommelhoff*, in: FS Ulmer, 267, 277; ggf. a. A. bei der SPE *Jung*, GesRZ 2012, 153, 156 f.

⁷⁹⁸ Uneindeutig *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 140 f., 168 f.

bei Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU um eine lediglich allgemeine und klarstellende Regelung. Daher folgt das Gleichbehandlungsgebot *nicht* aus Art. 4 Abs. 2 lit. b, Abs. 3 SPE-VOE-HU⁷⁹⁹ oder einem Erst-Recht-Schluss⁸⁰⁰ daraus oder aus Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU.⁸⁰¹ Das Gleichbehandlungsgebot könnte sich aber aus allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts ergeben. Hierbei handelt es sich um ungeschriebene Prinzipien, die im Unionsrecht generell gelten.⁸⁰² Im SPE-VOE-HU verbietet der Ordnungsgeber Diskriminierungen nicht im Verordnungstext, sondern erwähnt lediglich in Erwägung 6b, Diskriminierungen seien verboten.⁸⁰³ Erwägungsgründe haben anders als der Verordnungstext nicht den Charakter von Normen, sondern den Charakter von Gesetzgebungsmaterialien mit besonderer Autorität und Dignität.⁸⁰⁴ Mit SPE-VOE-HU Erwägung 6b macht der Unionsgesetzgeber also deutlich, dass er davon ausgeht, Diskriminierungen seien allgemein und damit auch in Bezug auf die SPE verboten. Hierbei ist die Bezugnahme auf den Staatenregelungsauftrag in Art. 44 SPE-VOE-HU als beispielhaft zu verstehen.⁸⁰⁵

Folglich unterliegen die Mitgliedstaaten jenseits von Art. 18 AEUV einem aus allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts folgenden allgemeinen Gebot, die SPE mit den jeweiligen nationalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Sinne von VO-Anhang II gleichzubehandeln.⁸⁰⁶

b) Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit im SPE-Konzern

(1) Bedeutung der Niederlassungsfreiheit im SPE-Konzern

Die Anwendung des nationalen Rechts im SPE-Konzern kann außerdem davon abhängen, ob und inwiefern sich die Konzerngesellschaften nach Artt. 49, 54 AEUV auf die Niederlassungsfreiheit berufen können. Herkömmlicherweise wird im Zusammenhang mit Auslandsgesellschaften nationalen Rechts wie beispielsweise der Limited diskutiert, ob und inwiefern die Anwendung eines anderen nationalen Rechts die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt. Indem die SPE als supranationale Gesellschaft sowohl auf transnationale Sachverhalte, als auch auf die ergänzende Anwendung nationalen Rechts ausgelegt ist, stellt sich die Frage nach der Niederlas-

⁷⁹⁹ A. A. *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 74; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 40; ebenfalls a. A. die h. M. zur SE, die ein Gleichbehandlungsgebot aus Art. 9 Abs. 1 lit. c ii bzw. Abs. 2 bzw. aus Art. 10 SE-VO herleitet, vgl. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 10 SE-VO Rn. 3 f.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 20, Art. 10 SE-VO Rn. 1 ff.; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 296 und 297; *ders.*, GPR 2010, 85, 87.

⁸⁰⁰ Allgemein *Boecken*, BGB-AT Rn. 81 (S. 31); *Schmidt*, JuS 2003, 649, 651 f.

⁸⁰¹ Vgl. *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 – These 7.

⁸⁰² Wohl auch *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 765; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 40; ebenso in Bezug auf die SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 10 SE-VO Rn. 3; a. A. offenbar *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 117, 120, 140 f.; vgl. auch *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 271 f.; vgl. allgemein von *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 18 AEUV Rn. 6 ff.

⁸⁰³ SPE-VOE-HU S. 9.

⁸⁰⁴ Vgl. *Jung*, Kapitalverfassung, S. 57 ff.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 19 EUV Rn. 15; *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 405; *Köndgen*, in: *ders./Methodenlehre*, § 6 Rn. 47 ff.; *Riesenhuber*, eda., § 10 Rn. 38.

⁸⁰⁵ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-HU *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 40; ebenso in Bezug auf die SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 10 SE-VO Rn. 3; auf Basis des SPE-VOE-SE im Ergebnis wohl auch *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 765; a. A. auf Basis des SPE-VOE-K *Nachtwey*, Bilanzrecht, S. 271 f.; auf Basis des SPE-VOE-SE wohl auch *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 117, 120, 140 f.; allgemein von *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 18 AEUV Rn. 6 ff.

⁸⁰⁶ Im Ergebnis auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 18; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 84.

sungsfreiheit bei ihr mindestens in demselben Maße wie bei nationalen Auslandsgesellschaften. Muss z. B. eine Mutter-SPE bei der Finanzierung im deutsch-englischen SPE-Konzern die *piercing the veil*-Durchgriffshaftung englischen Rechts fürchten, könnte hierdurch die Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit unterbunden, behindert oder weniger attraktiv werden. Dann dürfte die *piercing the veil*-Durchgriffshaftung nur insofern angewendet werden, wie der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt ist.

(2) Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs

Zunächst müsste der persönliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet sein. Gemäß Artt. 49, 54 AEUV können sich *nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften* auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Indem die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften das SPE-Statut ergänzen, ist eine SPE solchen Gesellschaften zumindest gleich zu erachten. Folglich umfasst der persönliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit auch die SPE als supranationale Rechtsform.⁸⁰⁷

(3) Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs

Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen der sachliche Schutzbereich eröffnet ist. Die Niederlassungsfreiheit gewährt das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Gründung und Leitung von Unternehmen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates. Dementsprechend kommt in Betracht, dass sich sowohl die Tochter-SPE, als auch die Mutter-SPE als deren Gesellschafterin auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann.⁸⁰⁸

Erforderlich ist allerdings ein Unionsbezug nicht nur in Gestalt eines grenzüberschreitenden Sachverhalts, sondern auch derjenige einer Niederlassung.⁸⁰⁹ Unter den Niederlassungsbegriff fällt nach Auffassung des EuGH „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.⁸¹⁰ Entgegen anderslautender Ansicht ist in diesem Zusammenhang allerdings für Sitzaufspaltungen nicht zusätzlich eine Mobilitätskomponente dergestalt zu fordern, dass nur nachträgliche Sitzaufspaltungen mittels Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnen.⁸¹¹ Dem Niederlassungsbegriff genügen die grenzüberschreitende Betätigungsabsicht und ein grenzüberschreitender Unternehmensgegenstand einer SPE im Sinne von Art. 3 Abs. 3 litt. a und b SPE-VOE-HU nicht. Die Niederlassungsfreiheit ist vielmehr einzig in den Varianten der litt. c und d eröffnet, wenn eine SPE eine Zweigniederlassung, eine Tochtergesellschaft oder einen Gesellschafter in einem

⁸⁰⁷ Ebenso *Altmeyden/Ego*, in: MüKo-AktG, Europäische Niederlassungsfreiheit Rn. 26, 123 ff.; *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 232 ff., 256; wohl auch *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 147, 151; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 426 ff.; *Eidenmüller*, in: ders./Ausländische Kapitalgesellschaften, § 3 Rn. 1 ff.; *Teichmann*, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 41; für die SE *Oechsler*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 7 Rn. 2, Art. 64 Rn. 3; *Ziemons* ZIP 2003, 1913, 1918; *Ringe*, Sitzverlegung S. 49 ff.; *Ehrliche*, in: Lutter/Hommelhoff/SE Art. 64 SE-VO Rn. 3; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 7 SE-VO Rn. 3; offenlassend noch *ders./Weller* NZG 2009, 681, 682; a. A. *Ulmer* NJW 2004, 1201, 1210; differenzierend *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 656 ff. (mit Fn. 98).

⁸⁰⁸ Zum Erfordernis des „wesentlichen unternehmerischen Einflusses“ des Gesellschafters vgl. *EuGH* v. 13.04.2000, Rs. C 251/98, Slg. 2000, I-2787, Rn. 20 – *Baars*.

⁸⁰⁹ Vgl. *Altmeyden/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 27 ff., 31 ff.

⁸¹⁰ Vgl. *EuGH* DStR 2006, 1686, 1690 – *Cadbury Schweppes*.

⁸¹¹ Wie hier z. B. *Altmeyden/Ego*, in: MüKo-AktG, Kap. B. (Europ. Niederlassungsfreiheit), Rn. 19 f., 205; a. A. *Kindler*, EuZW 2012, S. 888 ff.

anderen Mitgliedstaat als ihrem Satzungssitzstaat hat⁸¹² oder als sitzgekoppelte Gesellschaft über die Grenze umzieht.⁸¹³ Der sachliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist folglich nicht für jede SPE eröffnet, selbst wenn der Unionsgesetzgeber inzwischen mit Art. 3 Abs. 3 SPE-VOE-HU für jede SPE eine grenzüberschreitende Komponente verlangt.⁸¹⁴

Im rein nationalen SPE-Konzern können sich weder Tochter- noch Mutter-SPE auf die Niederlassungsfreiheit berufen, weil es an einer grenzüberschreitenden Niederlassung fehlt. Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern genießt die Tochter-SPE mangels grenzüberschreitender Niederlassung keine Niederlassungsfreiheit. Die Mutter-SPE kann sich dagegen auf die Niederlassungsfreiheit berufen, weil sie in einem anderen Mitgliedstaat eine Tochtergesellschaft gründet und leitet. Im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern gilt die Niederlassungsfreiheit für Tochter- und Mutter-SPE nach umstrittener Auffassung auch bei anfänglicher Sitzaufspaltung.⁸¹⁵

(4) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Die Anwendung einer nationalen Norm auf die SPE beschränkt die Niederlassungsfreiheit und ist daher grundsätzlich verboten, wenn sie die Ausübung der Niederlassungsfreiheit der SPE oder ihrer Gesellschafter unterbindet, behindert oder weniger attraktiv macht.⁸¹⁶

Eine verbotene Beschränkung liegt allerdings dann nicht vor, wenn der Schutzbereich teleologisch zu reduzieren und folglich gar nicht eröffnet ist. Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit könnte nach den Grundsätzen der *Keck*-Rechtsprechung des *EuGH* teleologisch zu reduzieren sein. Dann könnten nur marktzutrittsbeschränkende, nicht jedoch lediglich intern marktregulierende nationale Vorschriften die Niederlassungsfreiheit beschränken. In einer in Bezug auf die Grundfreiheitendogmatik bislang weniger beachteten Entscheidung aus dem Jahr 2011 hat er einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit mit dem Argument verneint, das betreffende mitgliedstaatliche Rechtsanwaltsvergütungssystem hindere den Marktzutritt von Rechtsanwaltsgesellschaften nicht.⁸¹⁷ Damit hat sich der *EuGH* einer entsprechenden Literaturansicht⁸¹⁸ angeschlossen und die *Keck*-Grundsätze auf die Niederlassungsfreiheit übertragen.⁸¹⁹ Indem der *EuGH* die gedankliche Unterscheidung nach

⁸¹² Allgemein *Altmeppen/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 34 ff.; zur Niederlassungsfreiheit der sitz-aufgespaltenen GmbH *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 42 f.

⁸¹³ Vgl. allgemein *J. Mayer*, in: MüKo-GmbHG, § 4a Rn. 21 f.

⁸¹⁴ A. A. *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 237 f., 246, 256.

⁸¹⁵ Vgl. Kapitel 2 G. III.

⁸¹⁶ Vgl. allgemein *Altmeppen/Ego*, in: MüKo-AktG, Kap. B. (Europ. Niederlassungsfreiheit), Rn. 1 ff.

⁸¹⁷ *EuGH*, Urteil v. 29. März 2011, Rs. C-565/08, Tz. 46, EWS 2011, 194, 197 – *Kommission/Italienische Republik*.

⁸¹⁸ So z. B. *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618 ff.; *ders.*, in: *ders./Ausländische Kapitalgesellschaften*, § 3 Rn. 10 ff., 16; *ders.*, *RabelsZ* 2006, 474, 479, 481 f.; *Teichmann*, in: *Süß/Wachter/ HB d. Int. GmbH-Rechts*, § 4 Rn. 41 ff., 47; *ders.*, *ZGR* 2011, 639, 650, 653 f., 666, 673; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 391; *Kienle*, in: *Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht*, § 3 Rn. 83 f., 90; aber auch *KG*, Urt. v. 24. September 2009, Az. 8 U 250/08, NZG 2010, 71; a. A. *Süß*, in: *ders./Wachter/ HB d. Int. GmbH-Rechts*, § 1 Rn. 62; *N. Kessler*, in: *Saenger/Aderhold/Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 49; *Vanmeenen/Van Hoe*, IILR 2011, 468, 476; *Ringe/Willemer*, NZG 2010, 56, 57 f.

⁸¹⁹ So z. B. *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618 ff.; *ders.*, in: *ders./Ausländische Kapitalgesellschaften*, § 3 Rn. 10 ff., 16; *ders.*, *RabelsZ* 2006, 474, 479, 481 f.; *Teichmann*, in: *Süß/Wachter/ HB d. Int. GmbH-Rechts*, § 4 Rn. 41 ff., 47; *ders.*, *ZGR* 2011, 639, 650, 653 f., 666, 673; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 391; *Kienle*, in: *Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht*, § 3 Rn. 83 f., 90; aber auch *KG*, Urt. v. 24. September 2009, Az. 8 U 250/08, NZG 2010, 71; a. A. *Süß*, in:

Marktzutrittsbeschränkung und interner Marktregulierung nicht nur auf die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit, sondern nunmehr auch auf die Niederlassungsfreiheit anwendet, macht er deutlich, dass er die Unterscheidung als allgemeine Leitlinie im Recht der europäischen Grundfreiheiten ansieht. Das ist auch konsequent, weil sich in Zeiten immer größer werdender Mobilität von Personen und Gesellschaften immer schwieriger rechtfertigen lässt, warum eine Niederlassungsentscheidung anders als eine Dienstleistungs- oder Warenhandelsentscheidung zu behandeln sein soll. Mithin ist der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nach den Grundsätzen der *Keck*-Rechtsprechung des *EuGH* teleologisch zu reduzieren. Die Niederlassungsfreiheit einer SPE ist verletzt, wenn eine nationale Norm den Marktzutritt versperrt oder im Vergleich mit inländischen Gesellschaften rechtlich oder tatsächlich signifikant erschwert.⁸²⁰ Wirkt eine Norm dagegen erst nach bereits erfolgtem Marktzutritt regulierend, ist der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet. Die Beschränkung muss sich lediglich am allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV⁸²¹ und am mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot⁸²² messen lassen.

(5) Rechtfertigung von Beschränkungen

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind nur erlaubt, wenn sie gerechtfertigt sind. Hierbei kommt insbesondere eine Rechtfertigung nach der vom *EuGH* entwickelten *Gebhard*-Formel in Betracht.⁸²³ Danach müssen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit einen *Vier-Kriterien-Test* bestehen.⁸²⁴ Sie sind dann gerechtfertigt, wenn sie erstens nicht diskriminierend wirken, zweitens aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten sind, drittens zur Errichtung des verfolgten Ziels geeignet sind und viertens nicht über das hierfür erforderliche Maß hinausgehen. Zu den rechtfertigenden Gründen des Allgemeinwohls zählt im Konzern insbesondere der Gläubiger- und Minderheitenschutz.⁸²⁵ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung muss der Gesamtbestand der Regelungen des Personalstatuts gewürdigt werden,⁸²⁶ zu denen bei der SPE das Verordnungs- und Satzungsunionsrecht sowie das Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates zählen. Ergibt die Auslegung des SPE-VOE-HU, dass eine Lücke vorliegt und nach den einschlägigen Verweisungsnormen zu schließen ist, spricht dies indes *prima facie* auch für die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit.

Die SPE und ihre Gesellschafter können sich ausnahmsweise dann nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen, wenn ihnen missbräuchliches Verhalten vorzuwerfen ist.⁸²⁷ Freilich liegt in der bewussten Ausnutzung der Un-

ders./Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 1 Rn. 62; N. Kessler, in: Saenger/Aderhold/Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8 Rn. 49; Vanmeenen/Van Hoe, IILR 2011, 468, 476; Ringe/Willemer, NZG 2010, 56, 57 f.

⁸²⁰ Zu Auslands Gesellschaften vgl. z. B. Eidenmüller, in: ders./Ausländische Kapitalgesellschaften, § 3 Rn. 16.

⁸²¹ Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 439 f., 443 ff.

⁸²² Vgl. unter vorstehend a).

⁸²³ Für Auslands Gesellschaften ebenso Teichmann, ZGR 2011, 639, 655; Greulich/Bunnemann NZG 2006, 681, 683; Greulich/Rau NZG 2008, 565, 568 f.; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1205, 1208 f.; für die SPE wohl auch Freudenberg, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 242 ff., 252 ff., 256.

⁸²⁴ *EuGH*, Urt. v. 30. November 1995, Rs. C-55/94, NJW 1996, 579 ff., Rz. 37 – *Gebhard*; dazu z. B. Ulmer, NJW 2004, 1201, 1204.

⁸²⁵ Vgl. Teichmann, ZGR 2011, 639, 655, 667 f., 681; Kienle, in: Süß/Wachter/Hb d. Int. GmbH-Rechts, § 3 Rn. 65.

⁸²⁶ Ebenso Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 73 ff.; für Auslands Gesellschaften Greulich/Rau NZG 2008, 565, 567.

⁸²⁷ Zu der dementsprechenden Einschränkung im Bereich abschließenden Unionsrechts vgl. Kapitel 4 C. II. 3. a).

terschiede zwischen den Rechtsordnungen grundsätzlich kein Missbrauch, sondern nur eine legitime Reaktion auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen.⁸²⁸

V. Zwischenfazit: Lückenschließung auf nationalrechtlicher Ebene

Der SPE-VOE-HU verweist an zahlreichen Stellen in das nationale Recht. Indem die SPE-VO mit ihren Verweisnormen an den *Satzungssitz* der Gesellschaft anknüpft, sind diejenigen Mitgliedstaaten mit ihrem jeweiligen nationalen Recht betroffen, in denen die SPE-Konzerngesellschaften ihre Satzungssitze unterhalten.⁸²⁹ Die *Spezial- und Generalverweise* im SPE-VOE-HU verweisen dynamisch nicht nur in das allgemeine nationale GmbH-Recht, sondern auch in sämtliche Regelungen in den SPE-Ausführungsgesetzen der Mitgliedstaaten.⁸³⁰ Für die Rechtspraxis von erheblicher Bedeutung ist die Beantwortung der Frage, ob es sich bei den im SPE-VOE-HU enthaltenen Verweisen auf nationales Recht um Sachnorm- oder Gesamtnormverweise handelt. In systematisch-teleologischer Auslegung sind sämtliche im SPE-VOE-HU enthaltene Spezial- und Generalverweise einheitlich als auf den Regelungsbereich der SPE-VO beschränkte Sachnormverweise – im Bereich des Konzernrechts als *wertende Sachnormverweise* – zu interpretieren.⁸³¹

Das auf die SPE anwendbare nationale Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates muss mit dem Sekundärrecht vereinbar sein, indem es den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht widerspricht. Erforderlichenfalls ist es in unionskonformer Anwendung der für das jeweilige nationale Recht geltenden Grundsätze auszulegen und im Falle von Lücken zu ergänzen. Das nationale Gesellschaftsrecht muss außerdem mit dem Primärrecht vereinbar sein, indem das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot und die ggf. anwendbare Niederlassungsfreiheit der SPE gewahrt werden. Eingriffe in den nach den Grundsätzen der *Keck*-Rechtsprechung teleologisch zu reduzierenden Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit müssen nach der *Gebhard*-Formel gerechtfertigt sein.⁸³²

F. Anwendung des nationalen Rechts außerhalb des Regelungsbereichs des SPE-VOE-HU

I. Grundlagen für die Anwendung des nationalen Rechts

Innerhalb des Regelungsbereichs der SPE-VO gilt über Art. 4 Abs. 2 bzw. 3, Art. 8 Abs. 1a S. 2 bzw. die anderen Verweisnormen im SPE-VOE-HU das Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten, wenn und soweit das Unionsrecht lückenhaft ist.⁸³³ Jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO findet nationales Recht dagegen nicht über die Verweisnormen im SPE-VOE-HU auf die SPE Anwendung, sondern nach allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen. Nationales Insolvenzrecht gilt folglich gemäß EulnsVO, wobei nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 EulnsVO

⁸²⁸ Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 77 ff.

⁸²⁹ Vgl. unter vorstehend I.

⁸³⁰ Vgl. unter vorstehend II.

⁸³¹ Vgl. unter vorstehend III. 2. b) (5).

⁸³² Vgl. unter vorstehend IV. 2. b) (5).

⁸³³ Ebenso zu Art. 9 SE-VO z. B. Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 18; vgl. Kapitel 3 A. I. 1. b), c) sowie unter vorstehend C. I.

an den *COMI* angeknüpft wird.⁸³⁴ Für die Geltung nationalen Deliktsrechts knüpfen Artt. 4 Abs. 1, 23 Rom-II-VO an den Erfolgsort an.⁸³⁵

Fraglich ist allerdings, ob nationales Recht jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO im SPE-Konzern einschränkungslos zur Anwendung kommen kann, oder ob und welche Grundsätze des Unionsrechts zu berücksichtigen sind.

II. Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Sekundärrecht

1. Folgen einer einschränkungslosen Anwendung nichtgesellschaftsrechtlichen nationalen Rechts

Nichtgesellschaftsrechtliche Vorschriften kommen nach allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen und nicht über die Lückenschließungsnormen im SPE-VOE-HU zur Anwendung. Man könnte argumentieren, dass es demnach nicht darauf ankommen kann, ob das Personalstatut der SPE lückenhaft ist oder nicht.

Das hätte zur Folge, dass nichtgesellschaftsrechtliche Normen stets einschränkungslos auf die SPE angewendet werden können.⁸³⁶ Beispielsweise würde im nationalen oder sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern ein delikts- oder insolvenzrechtliches Haftungsinstitut des Satzungssitzstaatenrechts selbst dann gelten, wenn das Unionsrecht bereits einen angemessenen Schutz gewährleistet. Im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern würde ein delikts- oder insolvenzrechtliches Haftungsinstitut des Verwaltungssitzstaatenrechts selbst dann zur Anwendung gelangen, wenn das Unionsrecht und das Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates bereits einen angemessenen Schutz gewährleisten. Indem das Personalstatut und die hinzugezogenen nationalen Vorschriften nicht aufeinander abgestimmt sind, würden mannigfaltige Doppelungen, Widersprüche und andere Zweifelsfragen provoziert. Die Effizienz im nationalen wie transnationalen SPE-Konzern würde leiden. Das widerspräche dem Willen des Unionsgesetzgebers, den Unternehmen mit der SPE ein leistungsstarkes Konzern-Vehikel zur Verfügung zu stellen.⁸³⁷ Damit das Personalstatut der SPE, also die Regelungen der SPE-VO, des Satzungsunionsrechts und des lückenschließend anwendbaren Gesellschaftsrechts des Satzungssitzstaates,⁸³⁸ die vom Verordnungsgeber intendierten Ziele erreichen kann, muss es auch durchsetzungsstark sein.

2. Begründungsansätze für die eingeschränkte Anwendung nichtgesellschaftsrechtlichen nationalen Rechts

Mithin darf nationales Recht möglicherweise auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO im SPE-Konzern nur dann und insoweit angewendet werden, wie es unionsrechtskonform ist.

⁸³⁴ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

⁸³⁵ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

⁸³⁶ So z. B. für die Anwendung des Insolvenzrechts auf die SE *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 63 SE-VO Rn. 49; *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 5 SE-VO Rn. 12; zur Kapitalrichtlinie *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 187, 195.

⁸³⁷ Vgl. Kapitel 2 H.

⁸³⁸ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. b), c).

a) Heranziehung der *Gebhard*-Formel?

Es könnte überlegt werden, die *Gebhard*-Formel heranzuziehen um zu bestimmen, wann nichtgesellschaftsrechtliches nationales Recht auf die SPE angewandt werden darf.⁸³⁹ Hierfür könnte sprechen, dass dadurch im transnationalen SPE-Konzern ein gleichförmiges Schutzniveau unabhängig davon erreicht würde, ob der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit für eine Konzern-SPE eröffnet ist oder nicht. Allerdings erscheint es fragwürdig, die im Bereich der Grundfreiheiten entwickelten Kriterien anzuwenden, wenn eine Ausübung der Niederlassungsfreiheit noch nicht zu prüfen ist bzw. mangels Schutzbereichseröffnung gar nicht in Rede steht. Außerdem nimmt die *Gebhard*-Formel ihren Ausgangspunkt beim ggf. anwendbaren nationalen Recht und überprüft, ob es im Hinblick auf andere Rechtsvorschriften vier Kriterien erfüllt. Geht es aber darum, wie der Ordnungsgeber dem supranationalen Recht Anwendungsvorrang verschaffen kann,⁸⁴⁰ muss das supranationale Recht selbst Ausgangspunkt der Prüfung sein. Daher ist auch eine Heranziehung der *Gebhard*-Formel abzulehnen.

b) Ganzheitlicher Qualifikationsansatz?

Es kommt vielmehr in Betracht, die Anwendung nationalen Rechts auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO davon abhängig zu machen, ob und inwieweit das Personalstatut der SPE lückenhaft ist. In der Literatur zur SPE wird vertreten, mithilfe eines sogenannten *ganzheitlichen Qualifikationsansatzes* müsse geprüft werden, ob das Unionsrecht eine Schutzlücke enthalte.⁸⁴¹ Anders als ein statutenübergreifendes Konzernstatut⁸⁴² möchte der *ganzheitliche Qualifikationsansatz* sämtliche als konzernrelevant identifizierten Normen nicht einheitlich am Satzungssitz anknüpfen, sondern lediglich einheitlich auf ihre Vereinbarkeit mit der SPE-VO überprüfen.

Gegen eine solche Methode spricht aber, dass der Regelungsbereich und damit auch die Verweisungsnormen des SPE-VOE-HU nur das Gesellschaftsrecht umfassen.⁸⁴³ Eine *ganzheitliche Qualifikation* würde den Begriff des Gesellschaftsrechts über dasjenige ausdehnen, was der Ordnungsgeber eigentlich regeln wollte. Außerdem knüpfen die Regelungen des SPE-VOE-HU an den Satzungssitz an.⁸⁴⁴ Eine *ganzheitliche Qualifikation* würde suggerieren, auch für Materien jenseits des Gesellschaftsrechts müsse an den Satzungssitz angeknüpft werden. Auch das widerspricht aber dem erklärten Willen des Ordnungsgebers.⁸⁴⁵

c) Grundsatz der Unionstreue

Allerdings könnte sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Unionstreue ergeben, dass nationales Recht auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO im SPE-Konzern nur dann und insoweit angewendet werden, wie es unionsrechtskonform ist.

⁸³⁹ In anderem Zusammenhang in diese Richtung *Spetzler*, KTS 2010, 433, 441 f.; zur *Gebhard*-Formel vgl. unter vorstehend E. IV. 2. b) (5).

⁸⁴⁰ Vgl. Kapitel 3 A. II.

⁸⁴¹ So *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 195 ff.; im Ergebnis auch *Hommelhoff/ders.*, in: FS Wellensiek, S. 461, 463 f., 470.

⁸⁴² Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. e).

⁸⁴³ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. a) und c).

⁸⁴⁴ Vgl. Kapitel 2 G. sowie unter vorstehend E. 1.

⁸⁴⁵ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. a) und c).

Nach dem in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit sind die Mitgliedstaaten gehalten, die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe zu unterstützen und alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.⁸⁴⁶ Hieraus ergibt sich ein Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit,⁸⁴⁷ der – mit unterschiedlichen Auffassungen zur Begrifflichkeit und Nuancierung – in einem allgemeinen Grundsatz der Unionstreue, Loyalitätspflicht bzw. Kooperationsgebot mündet.⁸⁴⁸ Der Grundsatz der Unionstreue verpflichtet die Mitgliedstaaten verbindlich zum Ergreifen fördernder Maßnahmen, zum Unterlassen hinderlicher Maßnahmen sowie allgemein zur Rücksichtnahme auf unionsrechtliche Belange.⁸⁴⁹ Damit stellt der Grundsatz der Unionstreue die wesentliche Grundlage für die Verwirklichung der europäischen Integration und die Funktionsfähigkeit der EU dar.⁸⁵⁰ Indem die Funktionsfähigkeit der EU elementar von der grundsätzlichen unionsweit einheitlichen Geltung und Anwendung des Unionsrechts abhängt, besteht der Grundsatz der Unionstreue insbesondere in einem Gebot der einheitlichen Geltung und Anwendung des Unionsrechts, also einem Gebot des Vorrangs und der effektiven Geltungsverschaffung des Unionsrechts vor dem nationalen Recht.⁸⁵¹ Anders gewendet sind die Mitgliedstaaten im Kollisionsfall verpflichtet, ihr Recht unangewendet zu lassen, wenn und soweit dies dem Unionsrecht widerspricht.⁸⁵² Eine Kollision liegt vor, wenn das nationale Recht denselben Sachverhalt wie das Unionsrecht regelt oder die Effektivität des Unionsrechts anderweitig beeinträchtigt.⁸⁵³ Der Grundsatz der Unionstreue beruht auf also auf demselben Grundgedanken wie der *effet utile*-Grundsatz.⁸⁵⁴

Dem Grundsatz der Unionstreue unterliegen die Mitgliedstaaten auch im Hinblick auf die SPE. Das bedeutet aber nicht nur, dass sie durch den Erlass von SPE-Ausführungsgesetzen alle geeigneten Vorkehrungen treffen müssen, um die wirksame Anwendung der SPE-VO zu gewährleisten.⁸⁵⁵ Auch sofern es um die Anwendung des allgemeinen nationalen Rechts auf die SPE geht, müssen die Mitgliedstaaten die Zielerreichung der SPE-VO fördern. Die SPE-VO kann ihr Ziel nach einem unionsweit möglichst einheitlichen SPE-Konzern nur dann verwirklichen, wenn sie sich durchsetzt, wenn und soweit sie einen Sachverhalt regelt. Nationales Recht darf also nur dann und insoweit zur Anwendung kommen, wie das Unionsrecht lückenhaft ist. Hierbei kommt es nicht darauf an, wie eine Materie durch den Unionsgesetzgeber europäisch-autonom und durch die Mitgliedstaaten nationalrechtlich qualifiziert wird. Daraus ergibt sich ein einheitlicher Prüfungsmaßstab dies- und jenseits des Gesellschaftsrechts

⁸⁴⁶ Vgl. allgemein *Kahl*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 4 EUV Rn. 23 ff.; *von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 4 EUV Rn. 1, 50 ff.

⁸⁴⁷ Vgl. *EuGH*, Rs. 230/81, Slg. 1983, 255 Rn. 37 – *Luxemburg/Europäisches Parlament*.

⁸⁴⁸ Vgl. *Kahl*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 4 EUV Rn. 31 ff., 34, 38 ff.; *Marauhn*: in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 7 Rn. 5 ff., 11; *von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 4 EUV Rn. 1, 50 ff.

⁸⁴⁹ Vgl. *Kahl*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 4 EUV Rn. 39 f., 42, 45; *Marauhn*: in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 7 Rn. 12 ff., 16 ff., 22, 27 ff., 32 ff.; *von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 4 EUV Rn. 59 ff., 72 ff., 102 ff.

⁸⁵⁰ Vgl. *Kahl*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 4 EUV Rn. 35; *Marauhn*: in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 7 Rn. 1, 11; *von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 4 EUV Rn. 1, 58.

⁸⁵¹ Vgl. *Marauhn*: in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 7 Rn. 19 ff.; *von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht, Art. 4 EUV Rn. 54 f., 58, 99; *Frenz*, Europarecht, Rn. 137, 143; vgl. auch *EuGH*, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, 644 Rn. 17/18 – *Simmenthal II*; *EuGH*, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517, 2540 Rn. 32 f. – *Ciola*.

⁸⁵² Vgl. *Frenz*, Europarecht, Rn. 137; vgl. auch *EuGH*, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, 644 Rn. 17/18 – *Simmenthal II*.

⁸⁵³ Vgl. *Frenz*, Europarecht, Rn. 142; vgl. auch *EuGH*, Rs. 158/80, Slg. 1981, 1805, 1838 Rn. 43 – *Butterfahrten*.

⁸⁵⁴ Zum *effet utile* vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁸⁵⁵ Vgl. Art. 44 SPE-VOE-HU; allgemein *Marauhn*: in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht, § 7 Rn. 34 ff.

der SPE. Nationales Recht gilt nur bei Lücken im Unionsrecht und das selbst dann, wenn es insolvenz- oder deliktsrechtlicher Natur ist.⁸⁵⁶

Hierfür spricht auch die Verordnungsbegründung. In SPE-VOE-HU Erwägung 6 erwähnt der Unionsgesetzgeber, für Bereiche jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO gelte nationales Recht vorbehaltlich des Unionsrechts.⁸⁵⁷ Freilich haben Erwägungsgründe anders als der Verordnungstext nicht den Charakter von Normen, sondern den Charakter von Gesetzgebungsmaterialien mit besonderer Autorität und Dignität.⁸⁵⁸ Gleichwohl deuten die Bemerkungen in Erwägung 6 darauf hin, dass der Ordnungsgeber ganz selbstverständlich von einem generellen Vorbehalt zugunsten des Unionsrechts ausgeht. Freilich könnte man einwenden, die SPE-VO und damit auch die Aussage des Unionsgesetzgebers bezögen sich allein auf das Gesellschaftsrecht der SPE. Allerdings braucht der Unionsgesetzgeber bei seiner Entscheidung, was er europäisch-autonom als gesellschaftsrechtlich qualifiziert und daher im Rahmen einer SPE-VO regelt, nationalrechtliche Qualifikationen der Mitgliedstaaten nicht zu berücksichtigen. Entfallen seine Regelungen ihrer Schutzrichtung und Tragweite nach bestimmte Effekte und kollidieren daher mit nationalem Recht, geht Unionsrecht dem nationalen Recht unabhängig von der förmlichen nationalrechtlichen Qualifikationsentscheidung vor. Folglich ergibt eine an Art. 4 Abs. 3 EUV orientierte Auslegung des SPE-VOE-HU, dass nationales Recht im SPE-Konzern auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO nur dann und insoweit angewendet werden darf, wie das Personalstatut der SPE lückenhaft ist. Das kann zunächst dann der Fall sein, wenn das Unionsrecht einen ausdrücklichen Befehl zur Nichtanwendung des SPE-Gesellschaftsrechts gibt,⁸⁵⁹ oder wenn sich die Gesellschaftsstruktur durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens geändert hat.⁸⁶⁰ Eine Lücke ist dagegen zu verneinen, wenn die Regelungen des Personalstatuts *abschließend* sind.⁸⁶¹ Aus dem allgemeinen Grundsatz der Unionstreue ergibt sich, dass nationales Recht auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO im SPE-Konzern nur dann und insoweit angewendet werden darf, wie es unionsrechtskonform ist. Dazu gehört auch, dass es nicht gegen die Regelungsentscheidungen des Ordnungsgebers in der SPE-VO verstößt.

⁸⁵⁶ In diese Richtung auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 62; im Ergebnis ähnlich *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 204 ff., 214 f., 230 ff.; *Hommelhoff/ders.*, in: FS Wellensiek, S. 461, 465; im Hinblick auf Kollisionen nationalen Insolvenzrechts mit der Kapitalrichtlinie *EuGH*, Urteil v. 30. Mai 1991, Rs. C-19/90 und C-20/90, Slg. 1991, S. I-2691 – *Karella und Karellas*; *EuGH*, Urteil v. 24. März 1992, Rs. C-381/89, Slg. 1992, S. I-2111 – *Syndesmos Melon*; *EuGH*, Urteil v. 12. November 1992, Rs. C-134/91 und C-135/91, Slg. 1992, S. I-5699 – *Kerafina*; *EuGH*, *EuGH*, Urteil v. 12. März 1996, Rs. C-441/93, Slg. 1996, S. I-1347 – *Pafitis*; Urteil v. 12. Mai 1998, Rs. C-367/96, Slg. 1998, S. I-22843 – *Kefalas*; *EuGH*, Urteil v. 23. März 2000, Rs. C-373/97, Slg. 2000, S. I-1705 ff. – *Diamantis*; ESUG-RegE Begründung S. 20; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 220 ff.; *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 202 Rn. 149; *Brinkmann*, WM 2011, 97, 100; *Piepenbrock*, NZI 2012, 905, 911; *Bormann*, NZI 2011, 892, 894 f.; im Hinblick auf die SE-VO *ders.*, WM 2008, 2340, 2346 f.; kritisch dagegen *ders.*, ZVglRWiss 112 (2013), 23, 36 ff.; *Müller*, KTS 2012, 419, 429 ff.; *Spezler*, KTS 2010, 433, 439 f.; *Schön*, ZHR 174 (2010), 155 ff.; im Hinblick auf die SPE wohl a. A. als hier *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 58; im Hinblick auf die SE *Binder*, WM 2008, 2340, 2347; vgl. auch allgemein *Altmeyden/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 146.

⁸⁵⁷ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 6 (S. 4).

⁸⁵⁸ Vgl. *Jung*, Kapitalverfassung, S. 57 ff.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar, Art. 19 EUV Rn. 15; *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 405; *Köndgen*, in: Riesenhuber/Methodenlehre, § 6 Rn. 48 ff.; *Gaitanides*, in: vdGroeben/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar, Art. 220 Rn. 55.

⁸⁵⁹ Zum Verhältnis der Kapitalrichtlinie zum Insolvenzrecht *Müller*, KTS 2012, 419, 431 f.

⁸⁶⁰ Zum Verhältnis der Kapitalrichtlinie zum Insolvenzrecht *Binder*, ZVglRWiss 112 (2013), 23, 33 f. sowie die unter Fn. 856 genannten *EuGH*-Urteile.

⁸⁶¹ So auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 62; vgl. auch *Altmeyden/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 124, 136, 143 f.

III. Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Primärrecht

Zunächst ist das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO zu beachten.⁸⁶² Außerdem könnte die Anwendung des nationalen Rechts jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO die Niederlassungsfreiheit von SPE-Konzerngesellschaften verletzen. Das ist dann der Fall, wenn einer SPE der Marktzutritt versperrt oder signifikant erschwert wird.⁸⁶³ Hierbei kommt es allein auf die tatsächlichen Wirkungen der Normanwendung und nicht auf die formale Qualifikation der Norm an.⁸⁶⁴

Vielfach wird vertreten, Normen des Insolvenz- bzw. Deliktsrechts wirkten sich nicht auf den Marktzutritt von Gesellschaften aus und könnten daher ohne Beachtung der Niederlassungsfreiheit angewendet werden.⁸⁶⁵ Diese Ansicht berücksichtigt allerdings nicht, dass die Unternehmen ihre Niederlassungsentscheidung inzwischen ganz üblicherweise in einer Gesamtschau der betreffenden Rechtsordnung treffen. Das ist nicht zuletzt die logische Folge der Tendenz einiger Mitgliedstaaten, ihre Normen im Wege einer insolvenz- oder deliktsrechtlichen Qualifikation auf Auslandsgesellschaften zur Anwendung bringen zu wollen. Dann darf es nicht überraschen, wenn Unternehmen diese gezielt gelegten Fußangeln berücksichtigen, bevor sie sich der betreffenden Rechtsordnung unterwerfen. Ausschlaggebend für die Standortwahl sind typischerweise Regelungen, die die Organisations- und Haftungsverteilung oder andere korporative Aspekte betreffen. Aber auch solchen Normen, die sich auf die Tätigkeit bzw. einen späteren Marktrückzug der Gesellschaft auswirken, darf nicht *per se* eine Beschränkungseignung abgesprochen werden. Man kann sich nicht schlicht und pauschal darauf zurückziehen, Insolvenzrecht habe keinen Einfluss auf den Marktzutritt bzw. trage die Eingriffsrechtfertigung bereits *qua natura*⁸⁶⁶ oder zumindest grundsätzlich⁸⁶⁷ in sich. Daher müssen grundsätzlich auch insolvenzrechtliche Institute auf ihre Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit überprüft werden.⁸⁶⁸ Bedenkenlos angewendet werden können allenfalls solche Normen, die alle Teilnehmer des Wirtschaftsverkehrs gleichmäßig und gering belasten. Selbst delikts-

⁸⁶² So auch *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 132 f., 135; im Ergebnis ebenso in Bezug auf die SE *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 10 SE-VO Rn. 2; *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/SE-Kommentar, Art. 10 SE-VO Rn. 6; *Habersack*, ZGR 2003, 724, 728; *C. Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 10 SE-VO Rn. 3 f.; a. A. bei der SE *Schwarz*, SE-VO, Art. 10 Rn. 8, 15.

⁸⁶³ Vgl. unter vorstehend E. IV. 2. b) (4).

⁸⁶⁴ Ebenso *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 673, 681; *Hopt*, ZGR 2013, 165, 177; *Eidenmüller*, in: *ders./Ausländische Kapitalgesellschaften*, § 3 Rn. 16, § 4 Rn. 9; *ders.*, NJW 2005, 1618 ff.; *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 111 ff.; *Vanmeenen/Van Hoe*, IILR 2011, 468, 474; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Hb d. Int. GmbH-Rechts, § 3 Rn. 53; *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 26; *Süß*, in: *ders./Wachter/Hb d. Int. GmbH-Rechts*, § 1 Rn. 62; *Fleischer*, in: Lutter/Europäische Auslandsgesellschaften, S. 49, 98; *Greulich/Bunnemann* NZG 2006, 681, 683; *Greulich/Rau* NZG 2008, 565, 567 f.; *Spindler/Berner* RIW 2004, 7, 9; *Forsthoff*, in: *Hirte/Bücker/Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn. 36 f., 44; unklar in Bezug auf die SPE *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 133 f., 240 ff., 248, 252, 256; in Bezug auf Auslandsgesellschaften a. A. *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 28.

⁸⁶⁵ Vgl. z. B. *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1205, 1207 f.; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1478 f.; *Ringe/Willemer*, NZG 2010, 56, 57 f.; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 390, 434, 440 f.; *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 673.

⁸⁶⁶ So aber *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1205, 1207 f.; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1478 f.; *Ringe/Willemer*, NZG 2010, 56, 57 f.; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 390, 434, 440 f.; *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 673; tendentiell auch *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 36, 51, 168; ggf. auch *N. Kessler*, in: *Saenger/Aderhold/Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8 Rn. 49; im Hinblick auf die Insolvenzantragspflicht *Reinhart*, in: MüKo-InsO, Art. 4 EuInsVO Rn. 8; *distanzierter Hirte*, ZInsO 2008, 689, 699.

⁸⁶⁷ In diese Richtung *Kienle*, in: Süß/Wachter/Hb d. Int. GmbH-Rechts, § 3 Rn. 51 f. – „weniger bedenklich“.

⁸⁶⁸ Ebenso *KG*, Urt. v. 24. September 2009, Az. 8 U 250/08, NZG 2010, 71; *Müller*, NZG 2003, 414, 417; *Spetzler*, KTS 2010, 433, 442; *Eidenmüller*, in: *FS Canaris*, S. 49, 68; *Hirte/Mock*, ZIP 2005, 474, 475 f.; *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 111 ff.; *Piepenbrock*, NZI 2012, 905, 911; *Schall*, NJW 2011, 3745, 3747 f.; *Vanmeenen/Van Hoe*, IILR 2011, 468, 476.

rechtliche Normen müssen aber nicht unbedingt unbedenklich anzuwendende Normen sein.⁸⁶⁹ Angesichts des immer größer werdenden Wettbewerbs der Rechtsordnungen ist es folglich angezeigt, Normen im Zweifel als marktzutrittshindernd anzusehen.⁸⁷⁰

Mithin ist bei der Anwendung des nationalen Rechts jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO grundsätzlich zu prüfen, ob die Niederlassungsfreiheit von SPE-Konzerngesellschaften verletzt wird. Auch Sonderanknüpfungen, also die ausnahmsweise Anwendung des Verwaltungssitzstaatenrechts im Bereich des Personalstatuts, müssen sich grundsätzlich am Maßstab der Niederlassungsfreiheit messen lassen.⁸⁷¹

G. Bestimmung des anwendbaren Rechts durch Satzungsregelung

Die Gesellschafter können die im transnationalen SPE-Konzern angestrebte Einfachheit und Rechtssicherheit faktisch im Wege der Sitzaufspaltung steigern.⁸⁷² Es kommt aber auch in Betracht, den transnationalen SPE-Konzern mithilfe von Rechtswahl- sowie Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln einheitlich zu regeln.

Unzulässig wäre freilich eine Satzungsklausel, die die Tochter-SPE unabhängig von ihrem Satzungssitz dem Recht desjenigen Mitgliedstaates unterstellt, in dem die Konzernmutter ihren Satzungssitz unterhält.⁸⁷³ Denn die SPE-VO und das nationale Recht geben die Anknüpfungsmomente für das anwendbare Recht zwingend vor.⁸⁷⁴ In Betracht kommen demgegenüber solche Rechtswahlklauseln, die ohne Abänderung des Anknüpfungsmoments zweifelsfrei die für Satzungslegung bzw. Satzungslückenfüllung anzuwendende Rechtsordnung bestimmen.⁸⁷⁵ Der Satzungsgeber kann und sollte in die Satzung außerdem eine Gerichtsstands- bzw. Schiedsklausel aufnehmen.⁸⁷⁶ Hierdurch kann er sicherstellen, dass jedenfalls die innenrechtlichen Streitigkeiten im Konzern einheitlich – nämlich insbesondere am Sitz der Konzernspitze – und durch bestimmte Kompetenzen aufweisende Personen entschieden werden.⁸⁷⁷

⁸⁶⁹ A. A. *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 673.

⁸⁷⁰ Tendentiell ebenso *Eidenmüller*, in: *ders./Ausländische Kapitalgesellschaften*, § 3 Rn. 16; entgegengesetzt *Altmeppen*, NJW 2004, 97 ff.

⁸⁷¹ Ebenso *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 668, 681; *ders.*, in: *Süß/Wachter/ HB d. Int. GmbH-Rechts*, § 4 Rn. 41 ff.; *Eidenmüller*, *RabelsZ* 2006, 474, 488, 492; *Ziemons*, *ZIP* 2003, 1913, 1915 ff.; *Kienle*, in: *Süß/Wachter/Hb d. Int. GmbH-Rechts*, § 3 Rn. 559 ff., vgl. aber Rn. 27; differenzierend *Kindler*, in: *MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht* Rn. 439 f.; a. A. *Fischer*, *ZIP* 2004, 1477, 1479.

⁸⁷² Gegen die Möglichkeit, das Insolvenzstatut durch Sitzaufspaltung zu wählen *Freudenberg*, *Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife*, S. 280 ff.

⁸⁷³ A. A. *Hügel*, *ZHR* 173 (2009), 309, 348; *Wirtz*, *Lückenfüllung*, S. 200; einschränkend *Tzakas*, *ZEuP* 2011, 756, 761, 762 f.; *Pläster*, *Treuepflicht*, S. 94 ff.; ggf. auch *Teichmann*, *ECFR-Vortrag*, Manuskript S. 2 Punkt 12; *Flaig*, *Die Satzung der SPE*, S. 76, vgl. aber S. 5; *Koutsogianni-Hanke*, *Verdeckte Sacheinlage*, S. 301, 304; für entsprechende Verordnungsregelung *Schubel*, in: *Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE*, S. 83, 105 f.

⁸⁷⁴ Zur Sitzfrage vgl. Kapitel 2 G.; zur Satzungsstrenge bzw. Gestaltungsfreiheit vgl. Kapitel 3 B. III.

⁸⁷⁵ Zur Auslegung und Lückenfüllung nach unionsrechtlichen Grundsätzen und zu dementsprechenden Satzungsregelungen vgl. Kapitel 3 B. V., VII.

⁸⁷⁶ Zum deutschen Recht *Harbarth*, in: *MüKo-GmbHG*, § 53 Rn. 234 ff.; *Hoffmann*, in: *Michalski/GmbHG*, § 53 Rn. 150 ff.; *Roth*, in: *ders./Altmeppen/GmbHG*, § 3 Rn. 42 ff.; *Wicke*, *GmbHG*, § 3 Rn. 23; zum englischen Recht *Hannigan*, *Company Law*, mn. 4-47 et seqq. (pp. 96 et seqq.).

⁸⁷⁷ Zum deutschen IPR vgl. *Kindler*, in: *MüKo-BGB, Intern. Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 631.

Die Zulässigkeit solcher Rechtswahl-,⁸⁷⁸ Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln⁸⁷⁹ richtet sich nach dem auf den jeweiligen Regelungsgegenstand geltenden Recht. Im Bereich der Regelungsaufträge und Wahlrechte spricht die unionsrechtlich gewährte Gestaltungsfreiheit für die Möglichkeit, Rechtswahlklauseln⁸⁸⁰ sowie Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln⁸⁸¹ zu vereinbaren. Es ist davon auszugehen, dass die Gesellschafter die mit den angesprochenen Punkten zusammenhängenden Fragen umfassend regeln dürfen, wozu neben inhaltlichen Regelungen auch Regelungen zur Auslegung und Lückenfüllung zählen. Außerdem finden sich im SPE-VOE-HU keine Anhaltspunkte dafür, dass in diesen Bereichen keine derartigen Klauseln zulässig sein sollten.⁸⁸² Allerdings ist vor dem Hintergrund des in der SPE-VO angelegten Minderheitenschutzes⁸⁸³ davon auszugehen, dass Gerichtsstands- und Schiedsklauseln aufgrund ihrer weitreichenden Bedeutung einer mindestens qualifizierten Mehrheit bedürfen. Für eine in Bezug genommene Schiedsvereinbarung dürften nach Art. 28 Abs. 3 S. 3 SPE-VOE-HU die nationalen Formvorschriften, mindestens jedoch Schriftform,⁸⁸⁴ sowie die Veröffentlichungspflicht nach Art. 28 Abs. 6 SPE-VOE-HU gelten. Jenseits der Regelungsaufträge und Wahlrechte können Rechtswahl- sowie Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln nur nach den jeweils geltenden mitgliedstaatlichen Grundsätzen vereinbart werden.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die Gesellschafter die im transnationalen SPE-Konzern angestrebte Einfachheit und Rechtssicherheit auch durch unionsrechtliche Rechtswahl- sowie Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln erreichen können.

H. Zusammenfassung Kapitel 4: Grundzüge für die Anwendung des nationalen Rechts auf den SPE-Konzern

Nationales Recht gilt im Regelungsbereich der SPE-VO vorbehaltlich der SPE-VO und damit auch vorbehaltlich des Satzungsunionsrechts. Innerhalb des nationalen Rechts sind die ranghöchsten Vorschriften die Vorschriften der SPE-Ausführungsgesetze, und zwar unabhängig davon, ob die entsprechende Verweisungsnorm in der SPE-VO auf sie ausdrücklich Bezug nimmt oder nicht. Anlass zum Erlass der SPE-Ausführungsgesetze sind grundsätzlich nur die an die Mitgliedstaaten gerichteten Regelungsaufträge und Wahlrechte des Ordnungsgebers.⁸⁸⁵ Eine Gesamtschau der für die SPE geltenden Rechtsnormen ergibt ähnlich der SE eine insgesamt dreistufige Rechtsquellenpyramide, allerdings unter dem Vorzeichen der die SPE kennzeichnenden Privatautonomie im

⁸⁷⁸ In dieselbe Richtung, im Detail jedoch abweichend *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 81 f.; *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 5.

⁸⁷⁹ In dieselbe Richtung, im Detail jedoch abweichend, *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 81 f.; *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 5; a. A. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 134.

⁸⁸⁰ Ebenso, allerdings unabhängig von den Regelungsgegenständen *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 348; *Teichmann*, RIW 2010, 120, 124 (mit Fn. 39); *ders.*, ECFR-Vortrag, Manuskript S. 2 Punkt 12; *ders.*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 90, 95; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 120, 123, 128; *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 76, einschränkend aber auf S. 5; im Ergebnis wohl ebenso *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 301, 304.

⁸⁸¹ Im Ergebnis ebenso, allerdings unabhängig von den Regelungsgegenständen *Teichmann*, ECFR-Vortrag, Manuskript S. 2 Punkte 12 und 13; *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 76; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 220 f.; im Ergebnis a. A. *Pläster*, Treuepflicht, S. 103 ff.; *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, S. 99, 124, 128; *Navez*, in: ECFR-Special, pp. 147, 176; zur Gestaltungsfreiheit in der SPE vgl. Kapitel 3 B. III.

⁸⁸² A. A. wohl noch auf Basis des SPE-VOE-SE *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 345.

⁸⁸³ Zur Treuepflicht in der SPE vgl. Kapitel 6 D. II. 5. c).

⁸⁸⁴ Die Schiedsvereinbarung für eine in Deutschland domizilierende SPE müsste also notariell beurkundet werden; allgemein zum deutschen Recht *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG, § 53 Rn. 236; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, § 45 Rn. 120; vgl. aber auch *Fastrich/Haas/Noack/Zöllner*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, Anh. § 47 Rn. 39.

⁸⁸⁵ Vgl. unter vorstehend A.

Vergleich zur SE in abgewandelter Form.⁸⁸⁶

Die SPE-VO ist von Natur aus lückenhaft, weil sie nicht alles regeln kann und zumindest aus politischen Gesichtspunkten auch nicht alles regeln will. Bevor Lücken geschlossen werden, muss der SPE-VOE-HU jedoch als Erstes in europäisch-autonomer Weise daraufhin ausgelegt werden, erstens *ob* überhaupt eine Lücke im Rechtssinne besteht, zweitens *ob* diese Lücke zu schließen ist, und drittens *wie* diese Lücke zu schließen ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Unionsgesetzgeber mit dem SPE-VOE-HU das grundlegende Ziel verfolgt, die Effizienz in transnationalen Unternehmen und Unternehmensgruppen durch die vorrangige Geltung von Unionsrecht zu steigern. Die Anwendung nationalen Rechts auf die SPE hängt davon ab, ob der betreffende Aspekt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU als durch die SPE-VO vollständig – also *abschließend* – oder lediglich teilweise – also *nichtabschließend* – geregelt anzusehen ist. Wie die Erfahrungen mit der SE zeigen, können freilich *nichtabschließende* Regelungen bzw. *Mindestnormen* die Effizienz im transnationalen Konzern nicht oder allenfalls wenig steigern. Damit der *effet utile* der SPE-VO verwirklicht werden kann, müssen die Regelungen des SPE-VOE-HU also grundsätzlich als *abschließend* angesehen werden. Nationales Recht kommt nur nachrangig zur Anwendung. Außerdem darf mitgliedstaatliches Recht das Unionsrecht grundsätzlich nur ergänzen, nicht aber verschärfen.⁸⁸⁷

Die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, dass der Ordnungsgeber aus Effektivitätsgründen auch jenseits des dispositiven Rechts Lückenschlüsse auf Unionsebene befürwortet und zulässt. Außerdem stehen verschiedene Instrumente für den Lückenschluss auf unionsrechtlicher Ebene zur Verfügung. Jedenfalls kommt eine Schließung durch nationales Recht erst in Betracht, sofern die Lücke nicht auf unionsrechtlicher Ebene ausgefüllt werden kann.⁸⁸⁸ Für den Fall, dass Lücken im Regelungsbereich der SPE-VO durch nationales Recht zu schließen sind, verweist der SPE-VOE-HU in Form von Sachnormverweisen – im Bereich des Konzernrechts in Form *wertender Sachnormverweise* – dynamisch auf das Gesellschaftsrecht des betreffenden Satzungssitzstaates. Das nationale Gesellschaftsrecht muss mit dem Sekundär- und Primärrecht vereinbar sein.⁸⁸⁹

Doch auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO kommt nationales Recht nur dann und insoweit zur Anwendung, wie es mit dem Sekundär- und Primärrecht vereinbar ist. Aus dem allgemeinen Grundsatz der Unions-treue ergibt sich, dass nationales Recht auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO im SPE-Konzern nur dann und insoweit angewendet werden, wie es unionsrechtskonform ist. Mithin gilt als nichtgesellschaftsrechtlich zu qualifizierendes nationales Recht im SPE-Konzern nur dann und insoweit, wie die SPE-VO lückenhaft ist. Das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot ist auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO zu beachten. Außerdem ist grundsätzlich zu prüfen, ob die Niederlassungsfreiheit von SPE-Konzerngesellschaften verletzt wird.⁸⁹⁰

⁸⁸⁶ Vgl. unter vorstehend B.

⁸⁸⁷ Vgl. unter vorstehend C.

⁸⁸⁸ Vgl. unter vorstehend D.

⁸⁸⁹ Vgl. unter vorstehend E. IV.

⁸⁹⁰ Vgl. unter vorstehend F.

Die Gesellschafter können die im transnationalen SPE-Konzern angestrebte Einfachheit und Rechtssicherheit einerseits faktisch im Wege der Sitzaufspaltung und andererseits rechtlich durch unionsrechtliche Rechtswahl- sowie Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln steigern.⁸⁹¹

I. Quintessenz für den Ordnungs- und Gesetzgeber: Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern

I. Ordnungsgeber

1. Dass für die SPE eine insgesamt dreistufige Rechtsquellenpyramide gilt, ergibt sich aus dem SPE-VOE-HU nicht auf den ersten Blick. Um den Mitgliedstaaten und Unternehmen die Rechtsanwendung zu erleichtern, sollte der Ordnungsgeber erwägen, eine klarstellende Bemerkung zur Rechtsquellenpyramide in die SPE-VO aufzunehmen.⁸⁹²
2. Die Anwendung nationalen Rechts auf die SPE hängt davon ab, ob der betreffende Aspekt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU als durch die SPE-VO *vollständig* oder lediglich *teilweise* geregelt anzusehen ist. Im Interesse des *effet utile* der SPE-VO sollte der Unionsgesetzgeber klarstellen, dass nationales Recht auch im Falle etwaiger Lücken im Unionsrecht nur zurückhaltend auf die SPE angewendet werden und das Unionsrecht grundsätzlich nur ergänzen, nicht aber verschärfen darf.⁸⁹³
3. Der Ordnungsgeber sollte unbedingt klarstellen, dass sämtliche in der SPE-VO enthaltenen Spezial- und Generalverweise einheitlich als Sachnormverweise zu interpretieren sind. Indem sich die SPE-VO insbesondere auch an Konzerne richtet, wäre des Weiteren eine Klarstellung wünschenswert, dass im Bereich des Konzernrechts ggf. auftretende *Kollisionen der Sachrechte* mithilfe von *wertenden Sachnormverweisen* zu lösen sind.⁸⁹⁴
4. Zur Förderung des *effet utile* der SPE-VO sollte der Unionsgesetzgeber klarstellen, dass das nationale Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates nur insofern auf die SPE angewendet werden darf, wie es den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht widerspricht.⁸⁹⁵ Gleichzeitig sollte er unbedingt erwähnen, dass das nationale Recht aufgrund des allgemeinen Grundsatzes der Unionstreue auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO nur dann und insoweit angewendet werden darf, wie es unionsrechtskonform ist.⁸⁹⁶
5. Zur Förderung der im transnationalen SPE-Konzern angestrebten Einfachheit und Rechtssicherheit sollte der Ordnungsgeber den Katalog in SPE-VO-Anhang I um fakultative Regelungsaufträge zu Rechtswahl- sowie Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln ergänzen.⁸⁹⁷

⁸⁹¹ Vgl. unter vorstehend G.

⁸⁹² Vgl. unter vorstehend B.

⁸⁹³ Vgl. unter vorstehend C. und D.

⁸⁹⁴ Vgl. unter vorstehend E. II. und III.

⁸⁹⁵ Vgl. unter vorstehend E. IV.

⁸⁹⁶ Vgl. unter vorstehend F. II. 2. c).

⁸⁹⁷ Vgl. unter vorstehend G.

II. Deutscher Gesetzgeber

1. Nimmt Deutschland an dem SPE-Projekt teil, muss der deutsche Gesetzgeber ein SPE-Ausführungsgesetz erlassen. Anlass zum Erlass der SPE-Ausführungsgesetze sind grundsätzlich nur die verpflichtenden Staatenregelungsaufträge und optionalen Staatenwahlrechte. Die Vorschriften des SPE-Ausführungsgesetzes haben stets Vorrang vor dem allgemeinen nationalen GmbH-Recht.⁸⁹⁸
2. Der deutsche Gesetzgeber muss nach Art. 44 SPE-VOE-HU und Art. 4 Abs. 3 EUV berücksichtigen, dass deutsches Recht nur zurückhaltend und ergänzend auf die SPE angewendet werden darf. Aus diesem Grund verbietet sich insbesondere die von den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien bekannte Methode, das Unionsrecht lediglich als *Mindeststandard* einzustufen.⁸⁹⁹
3. Deutsches Recht darf nur insoweit auf die SPE angewendet werden, wie es mit dem Sekundär- und Primärrecht vereinbar ist. Hierzu zählen beispielsweise das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot und die Niederlassungsfreiheit. Das betrifft nicht nur das Gesellschaftsrecht, sondern auch Materien jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO wie insbesondere das Insolvenzrecht.⁹⁰⁰

III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern

1. Eine große Herausforderung liegt darin, ob und inwiefern neben dem Unionsrecht auch nationales Recht auf die SPE angewendet wird. Da an der Schnittstelle von Unions- und nationalem Recht zahlreiche Zweifelsfragen verbleiben, sollten Unions- und deutscher Gesetzgeber hier für soviel Klarheit und Rechtssicherheit wie nur möglich sorgen. Nur so kann die SPE im Konzern die gewünschten effektivitätssteigernden Effekte haben.
2. Hierbei bietet sich die Chance, die für die SPE gefundenen Antworten auf andere supranationale Rechtsformen zu übertragen und hierdurch ein mehr und mehr ausgeformtes, kohärentes Rechtssystem für supranationale Rechtsformen und transnationale Konzerne zu schaffen.

⁸⁹⁸ Vgl. unter vorstehend A.

⁸⁹⁹ Vgl. unter vorstehend C. und D.

⁹⁰⁰ Vgl. unter vorstehend E. IV. und F.

Kapitel 5 Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE-Konzern

A. Bedeutung von Weisungsrechten für die Effizienz im SPE-Konzern

Wenn die Konzernspitze die Geschäftsleitungen der Tochtergesellschaften zu bestimmten Maßnahmen anweisen darf und die Geschäftsleitungen diese Weisungen befolgen müssen, steigert dies die Effizienz im Konzern.⁹⁰¹ Ob die SPE als Konzernbaustein attraktiv ist, hängt also wesentlich davon ab, ob und inwiefern Weisungsrechte bestehen oder etabliert werden können.⁹⁰² Wären Weisungsrechte unionsrechtlich ausgeschlossen oder richteten sie sich uneinheitlich nach nationalem Recht, würde dies die einheitliche Leitung des SPE-Konzerns stark behindern und damit die SPE als Konzernbaustein unattraktiv machen.⁹⁰³ Das Bestehen von Weisungsrechten hängt mit der Organisationsverfassung der Gesellschaft zusammen.⁹⁰⁴

Die Frage nach Weisungsrechten *im Allgemeinen* ist außerdem eng mit der Frage nach Weisungsrechten *im SPE-Konzern* verknüpft,⁹⁰⁵ aber getrennt von ihr zu beurteilen.⁹⁰⁶ Freilich würde die Effizienz im SPE-Konzern nochmals erhöht, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden dürfen.⁹⁰⁷ Denn dann würde sich nicht nur der Handlungsspielraum vergrößern, sondern es würden sich auch die mit Weisungen verbundenen Prüfungsobliegenheiten und Haftungsrisiken enorm vermindern.

Mithin muss in Auslegung des SPE-VOE-HU zunächst geklärt werden, wie es um die Organisationsverfassung der SPE und Weisungsrechte bestellt ist. In einem zweiten Schritt muss in weitergehender Auslegung des SPE-VOE-HU beantwortet werden, ob und inwiefern bei Weisungen im SPE-Konzern Konzerninteressen berücksichtigt werden dürfen.⁹⁰⁸ Sofern ein Weisungsrecht nicht gleichzeitig zur Erteilung von Weisungen im Konzerninteresse ermächtigt, wird es nachfolgend auch als *isoliertes Weisungsrecht* bezeichnet.

⁹⁰¹ Vgl. SUP-RLE-K Begründung 3. (S. 9), Erwägung 23 (S. 14); *Chiappetta*, Positionspapier, S. 6; *Habersack*, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 1, 12; *Veil*, Unternehmensverträge, S. 64 ff.; *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. AktG Rn. 25 f.; *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 291, 293.

⁹⁰² Zum Organisationsrecht des SPE-Konzerns vgl. allgemein Kapitel 2 C.

⁹⁰³ Zur Effizienzminderung wegen disparater nationaler Rechte *Drygala*, EuZW 2014, 491, 494; rechtsvergleichend zu Weisungsrechten *Hirschfeld*, RIW 2013, 134 ff.

⁹⁰⁴ Dazu *Veil*, Unternehmensverträge, S. 64; *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. AktG Rn. 25 ff.

⁹⁰⁵ Ebenso *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 289 f., 293, 298; *Conac*, ECFR 2013, 194, 195; in more detail *id.*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 76, 98 et seq.

⁹⁰⁶ So auch für die SUP *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 217; wohl a. A. bei der SPE *Martens*, Managementstrukturen, S. 164; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 108, 206, 210, 213, 215 ff., 283; ; allgemein auf die Trennung, aber logische Verbundenheit hinweisend *Conac*, ECFR 2013, 194, 195.

⁹⁰⁷ So auch *Drygala*, EuZW 2014, 491, 494 f.; *Teichmann*, AG 2013, 184, 191 ff.; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 217; *dies.*, GmbHR 2014, 177, 183; extremer *BDA/BDI/DIHK*, Stellungnahme, S. 9 f. – Weisungsrechte ohne Konzernausrichtung laufen leer und machen Rechtsform für Konzerne uninteressanter; wohl a. A. bei der SPE *Martens*, Managementstrukturen, S. 164; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 108, 206, 210, 213, 215 f.

⁹⁰⁸ Vgl. Kapitel 6.

B. Auslegung des SPE-VOE-HU im Hinblick auf die grundsätzliche Organisationsverfassung der SPE

I. Gesellschafterversammlung, Geschäftsführungsorgan und Aufsichtsorgan

Fraglich ist zunächst, zwischen welchen Organisationseinheiten die Kompetenzen innerhalb einer SPE aufgeteilt werden können. Eine Organisationseinheit bildet zunächst die *Gesellschafterversammlung* bzw. die *Gesamtheit der Gesellschafter*, selbst wenn der SPE-VOE-HU oftmals von den *Gesellschaftern*⁹⁰⁹ spricht.⁹¹⁰ Des Weiteren hat die SPE ein *Geschäftsführungsorgan* und ggf. ein *Aufsichtsorgan*. Hierfür bestehen Regelungspflichten nach Art. 8 Abs. 1 lit. ec SPE-VOE-HU, aber auch verschiedene Regelungsvarianten. Jede Gesellschaft hat eine oder mehrere natürliche Personen als *Geschäftsführer* bzw. *Leitungsorgan*.⁹¹¹ Es ist nicht ausgeschlossen, dass der deutsche Gesetzgeber bei Beteiligung am SPE-Projekt von seinem Wahlrecht in Art. 27 Abs. 4 SPE-VOE-HU Gebrauch machen wird, um parallel zur SE das Amt *geschäftsführender Direktoren* einzuführen.⁹¹²

Den Geschäftsführungs- bzw. Leitungspersonen können – bzw. bei Geltung der Arbeitnehmermitbestimmung müssen –⁹¹³ weitere Personen zur Seite gestellt werden. Hierbei können die Gesellschafter zwischen der dualistischen Unternehmensverfassung mit einem getrennten Aufsichtsorgan und der monistischen Unternehmensverfassung mit einem einheitlichen Verwaltungsorgan wählen.⁹¹⁴ Bei der monistischen Unternehmensverfassung sind die Aufsichtspersonen *qua definitionem* des SPE-VOE-HU ebenfalls Geschäftsführer bzw. Teil des Leitungsorgans⁹¹⁵ und damit ebenfalls für die Geschäftsführung der Gesellschaft zuständig.⁹¹⁶ Die Zulässigkeit, Rechte und Pflichten weiterer Gremien sind je nach gewünschter Gestaltung im Einzelfall zu prüfen.⁹¹⁷

II. Bewusste Regelungslücke oder Eigenregelung

Fraglich ist, ob der Ordnungsgeber die grundsätzliche Kompetenzstruktur der SPE bewusst nicht geregelt oder mit eigenen Regelungen bedacht hat. Die Kompetenzstruktur der SPE zählt zum Gesellschaftsrecht und damit zum Regelungsbereich des SPE-VOE-HU.⁹¹⁸

Die zentrale Vorschrift für die Entscheidung der Frage ist Art. 27 Abs. 1c SPE-VOE-HU.⁹¹⁹ Die Norm ist mit „All-

⁹⁰⁹ Bzw. „members“ und „membres“.

⁹¹⁰ A. A. *Martens*, Managementstrukturen, S. 65; die Gesellschafterversammlung als „Organ“ bezeichnend die deutsche Fassung von Art. 27 Abs. 1a SPE-VOE-HU; ebenso, im Ergebnis aber gegen Organstatus *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 43, 81, 289, 293 ff.

⁹¹¹ Bzw. *directors* und *dirigeants* sowie *management board* und *directoire*.

Vgl. Artt. 2 Abs. 1 lit. e, 27 Abs. 1c und 4, 31 Abs. 1, 34 Abs. 1 und 3 SPE-VOE-HU.

⁹¹² Zur SE vgl. z. B. *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 43 Rn. 183 f.

⁹¹³ Vgl. Artt. 8 Abs. 1 lit. f, 27 Abs. 3a, 35 ff. SPE-VOE-HU.

⁹¹⁴ Bzw. *supervisory board* und *conseil de surveillance* oder *administrative board* und *conseil d'administration*.

⁹¹⁵ Artt. 2 Abs. 1 lit. d, e und ea, 27 Abs. 3 SPE-VOE-HU; a. A. auf Basis des SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 82, vgl. aber S. 85 f., 88.

⁹¹⁶ Artt. 2 Abs. 1 lit. e, 27 Abs. 1c und 4, 31 Abs. 1, 34 Abs. 1 und 3 SPE-VOE-HU; a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 175, 192.

⁹¹⁷ Vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 136; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 195 f.; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 178 f.; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 288, 293; *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 25; *DAV*, Stellungnahme, Punkt 109, S. 30.

⁹¹⁸ Vgl. Kapitel 3 A. I.; ebenso *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 60 f., zu Begrifflichkeiten vgl. S. 45 f.

⁹¹⁹ Wohl ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 94; *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 95 ff.

gemeine Bestimmungen“⁹²⁰ betitelt und befasst sich in ihren Sätzen 2 und 3 mit der Geschäftsführungsbefugnis innerhalb der SPE. Im Gegensatz zu dem das Außenverhältnis regelnden Art. 34 SPE-VOE-HU behandelt die Norm die Befugnisse im Innenverhältnis und deren Verteilung zwischen den verschiedenen Organen der SPE.⁹²¹

In einer Gesamtschau von Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU ergibt sich, dass bei *einigen* SPEs *teilweise* nationales Recht und bei *anderen* SPEs *gänzlich* Unionsrecht gilt.⁹²² Dieses Ergebnis kann strukturell über zwei alternative Wege erreicht werden, die sich gegenseitig ausschließen. Entweder, dies ist die erste Alternative, gilt nach dem SPE-VOE-HU grundsätzlich vollständig Unionsrecht, und die Mitgliedstaaten können durch Gebrauchmachen von einem Wahlrecht teilweise ihr nationales Recht eingreifen lassen. Dafür müsste der SPE-VOE-HU Regelungen für die Organisationsverfassung der SPE enthalten, die als Auffangregelungen gelten, wenn die Mitgliedstaaten ihr Wahlrecht nicht nutzen.

Oder, dies ist die zweite Alternative, es gilt nach dem SPE-VOE-HU gemäß Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU grundsätzlich teilweise nationales Recht. Dann könnte der Satzungsgeber die Regelungen zur Organisationsverfassung vollständig auf die unionsrechtliche Ebene ziehen, indem er von Regelungsaufträgen Gebrauch macht.⁹²³ Dafür müsste der SPE-VOE-HU im Übrigen lückenhaft sein, dürfte also gerade *keine* Regelungen für die Organisationsverfassung der SPE enthalten.⁹²⁴ Wird von einer Lücke ausgegangen, spricht Art. 27 Abs. 1c SPE-VOE-HU für ein Eingreifen nationalen Rechts nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU und nicht nach Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU. Denn wenn Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU anwendbar wäre, würde nationales Recht nicht nur für *einige*, sondern für *sämtliche* SPEs unabhängig von ihrem Satzungssitzstaat und ihren Satzungsregelungen gelten.

Um zu entscheiden, welcher der beiden sich gegenseitig ausschließenden Auslegungsvarianten der Vorzug zu geben ist, muss eine weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU erfolgen. Unklar ist insofern übrigens auch der SUP-RLE-K, der Weisungen unionsrechtlich vobehaltlich des Satzungs- und nationalen Rechts zulässt.⁹²⁵

III. Auslegung von Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU

Die Auslegung von Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU könnte für die Geltung von Unionsrecht mit der Möglichkeit abweichender nationaler Regelungen sprechen, also für die erste Auslegungsvariante.⁹²⁶

⁹²⁰ Bzw. *General provisions* und *Dispositions générales*.

⁹²¹ A. A. *Martens*, Managementstrukturen, S. 39, 182 f., vgl. aber auch S. 139; *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 246 (with fn. 8, 9).

⁹²² Auf Basis des SPE-VOE-SE wohl a. A. *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 94, 93, 98 f., 104 f., 109, 111, 115 ff., 128 f., 187 ff., 191 f., 373 f.; *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 95 ff., vgl. aber S. 105.

⁹²³ So im Ergebnis grundsätzlich *Martens*, Managementstrukturen, S. 36, 117 (mit Fn. 828), 139, 229, 231; in dieselbe Richtung, aber die Regelungsmöglichkeit eines Weisungsrechts anzweifelnd *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 375 f.; a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285; bei der SUP für eine Dispositionsbefugnis des Satzungsgebers *Teichmann*, AG 2013, 184, 197.

⁹²⁴ A. A. *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 118 – mithilfe von VOE-SE-Anhang I kann Satzungsgeber von in der SPE-VO vorgegebener Kompetenzstruktur abweichen, vgl. aber S. 128 f.

⁹²⁵ Vgl. Begründung 3. (S. 9), Erwägung 23 (S. 14), Art. 13; dazu *Drygala*, EuZW 2014, 491, 494 f.

⁹²⁶ Zu den beiden Auslegungsvarianten vgl. unter soeben II.

Dazu müssten die Regelungen zunächst ein Staatenwahlrecht für die Organisationsstruktur der SPE gewähren. Wortlaut, Systematik und Historie der Vorschrift könnten ein Staatenwahlrecht indizieren: Die Stellung von S. 2 mit seiner Formulierung „*unbeschadet*“⁹²⁷ vor S. 3 mit seiner Formulierung „*jedoch*“⁹²⁸ und seinem Abstellen auf die teilweise Geltung des nationalen Rechts könnte dafür sprechen, dass der SPE-VOE-HU die *gänzliche* Geltung des Unionsrechts als Grundfall und die *teilweise* Geltung nationalen Rechts als Ausnahmefall ansieht. Das von einigen Mitgliedstaaten in einer Fußnote zu Art. 27 Abs. 1b SPE-VOE-CZ geforderte Staatenwahlrecht zur Geschäftsleitungsstruktur könnte außer in Art. 27 Abs. 4 auch in Art. 27 Abs. 1c SPE-VOE-SE umgesetzt worden sein. Für ein Staatenwahlrecht könnte auch die gleichzeitige Streichung von Art. 27 Abs. 1b SPE-VOE-CZ sprechen, der die Regelungshoheit des Satzungsgebers hervorgehoben hatte.⁹²⁹

Die Annahme eines Staatenwahlrechts macht allerdings nur dann Sinn, wenn der der SPE-VOE-HU außerdem eine unionsrechtliche Auffangregelung für den Fall enthält, dass die Mitgliedstaaten von ihrem Wahlrecht keinen Gebrauch machen. Weder Art. 27 Abs. 1c, noch die anderen Vorschriften des SPE-VOE-HU können Eigenregelungen des Verordnungsgebers zur Organisationsverfassung der SPE entnommen werden.⁹³⁰ Dass das Geschäftsführungsorgan gemäß Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU unter bestimmten Vorbehalten „*alle Befugnisse*“⁹³¹ der SPE ausüben kann, könnte freilich für einen grundsätzlichen Primat des Geschäftsleitungsorgans gegenüber der Gesellschafterversammlung sprechen.⁹³² Darauf könnte auch die auffallende Ähnlichkeit mit Art. 3 Limited-Mustersatzung hinweisen, der es den Limited-Gesellschaftern gestattet, in der Satzung punktuelle Zustimmungserfordernisse bzw. Vetorechte festzuschreiben.⁹³³ Artt. 3, 4 Limited-Mustersatzung spiegeln den allgemeinen Grundsatz der Gewaltenteilung im englischen Limited-Recht wider, demzufolge die Geschäftsleitung gegenüber der Gesellschafterversammlung grundsätzlich bevorrechtigt ist.⁹³⁴ Allerdings strenger als das englische Recht könnte der SPE-VOE-HU punktuelle Weisungen jenseits der Satzung verbieten, indem er von einer Anlehnung an Art. 4 Limited-Mustersatzung⁹³⁵ abgesehen hat, der Durchbrechungsbeschlüsse ausnahmsweise erlaubt. Auch hat der Verordnungsgeber in Art. 27 Abs. 1c SPE-VOE-HU keinen Vorbehalt zugunsten von

⁹²⁷ Bzw. „*without prejudice*“ und „*sans prejudice*“.

⁹²⁸ Bzw. „*however*“ und „*toutefois*“.

⁹²⁹ Vgl. auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 16, 117 (mit Fn. 828) – keine Regelungen zu Weisungsrechten im SPE-VOE-CZ.

⁹³⁰ Auf Basis des SPE-VOE-SE unklar *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 94 f. (mit Fn. 250), 97, 99, 100, 102 ff., 109, 111, 115 f., 116 f., 128 f., 187 ff., 191, 373 f.

⁹³¹ Bzw. „*all the powers*“ und „*tous les pouvoirs*“.

⁹³² So zu Art. 26 SPE-VOE-K *Martens*, Managementstrukturen, S. 35, 39 ff. (mit Fn. 320), 55, 66 (mit Fn. 515), 69 (mit Fn. 531), 74, 80, 92, 99 (mit Fn. 737), 120, 180, 182 f., vgl. aber auch S. 139; *Navez*, in: ECFR-Special 2013, pp. 147, 160 et seq., 168 et seqq.; *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 245 et seq. (with fn. 8, 9), 247 et seq. (with fn. 12), 259 (fn. 46); zu Art. 27 SPE-VOE-CZ *Anzinger*, BB 2009, 2606, 2610; zweifelnd dagegen *Hommelhoff/Teichmann*, GmbH 2008, 897, 902 f.; umgekehrt auf Basis des Art. 26 SPE-VOE-K *Lazic*, EPG-VO, S. 19; auf Basis von Art. 26 SPE-VOE-P *Kramer*, Organisationsverfassung, S. 2 f., vgl. auch S. 21; vgl. auch *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 99 ff.

⁹³³ Vgl. dazu *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10.1 (pp. 467 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 8-5 (pp. 160 et seq.); *Doralt*, Managerpflichten, Vor Part 10 Rn. 4; vgl. auch *Davies*, Company Law, p. 109.

⁹³⁴ Grundsatz der Gewaltenteilung (*division of power*) zwischen Gesellschaftern und Geschäftsleitung als Folge des Grundsatzes der Trennung von Eigentum und Kontrolle (*separation of ownership and control*); vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10 (pp. 466 et seqq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 8-5 et seqq. (pp. 160 et seqq.); vgl. auch *Davies*, Company Law, pp. 108 f., 120 et seqq.; diese Prinzipien auch im SPE-Statut wiederfindend *Navez*, in: ECFR-Special 2013, pp. 147, 167; vgl. auch *Doralt*, Managerpflichten, Vor Part 10 Rn. 4.

⁹³⁵ Dazu *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10.2.4 (p. 468); *Hannigan*, Company Law, mn. 8-7 with fn. 12 (pp. 161 et seq.); vgl. auch *Davies*, Company Law, p. 109.

Gesellschafterbeschlüssen aufgenommen und auf eine Umsetzung der Vorschläge im SPE-VOE-CREDA und SPE-VOE-P zur internen Bindung an Gesellschafterbeschlüsse verzichtet.

Es könnte aber überinterpretiert sein, aus diesen Anhaltspunkten eine Auffangregelung für den Nichtgebrauch von einem Staatenwahlrecht herleiten zu wollen. Vor dem Hintergrund des *effet utile*⁹³⁶ ist es unwahrscheinlich, dass der Verordnungsgeber in einem so zentralen und komplexen Punkt wie der Organisationsstruktur der SPE mit einem unklaren Staatenwahlrecht der Rechtsunsicherheit und Zersplitterung Vorschub leisten wollte. Es wäre ihm ein Leichtes gewesen, Art. 27 Abs. 4 SPE-VOE-HU weiter zu fassen und damit ein Staatenwahlrecht zu etablieren, das genauso klar formuliert ist wie die übrigen Staatenwahlrechte im SPE-VOE-HU. Anstatt von dieser offensichtlich bestehenden Möglichkeit Gebrauch zu machen, hat der Verordnungsgeber in Art. 27 Abs. 4 SPE-VOE-HU nur ein Staatenwahlrecht zur Zulassung geschäftsführender Direktoren vorgesehen. Damit sieht er die Erweiterung eines unternehmerischen Regelungsspielraums vor, von dessen Existenz er voraussetzt. Das spricht gegen ein weitergehendes Staatenwahlrecht und für einen grundsätzlich bestehenden Regelungsspielraum des Satzungsgebers für die Organisationsstruktur der SPE. Es ist auch kein Interesse der Mitgliedstaaten erkennbar, jenseits der nach Art. 27 Abs. 4 SPE-VOE-HU möglichen Erweiterung der privaten Gestaltungsoptionen in das Kompetenzgefüge einzugreifen. Es darf angenommen werden, dass die Fußnote zu Art. 27 Abs. 1b SPE-VOE-CZ nur das später in Art. 27 Abs. 4 SPE-VOE-SE umgesetzte engere Staatenwahlrecht zu geschäftsführenden Direktoren meinte, aber kein sinnvollerer Ort für die Platzierung der Fußnote gefunden wurde. Folglich ist es überinterpretiert, aus dem SPE-VOE-HU eine Auffangregelung für den Nichtgebrauch von einem Staatenwahlrecht herleiten zu wollen. Mangels Auffangregelungen kann aus dem SPE-VOE-HU kein Staatenwahlrecht für die Organisationsstruktur der SPE entnommen werden. In Auslegung des SPE-VOE-HU ist also die auf den ersten Blick mögliche erste Auslegungsvariante abzulehnen.⁹³⁷

Mithin muss die zweite mögliche Auslegungsvariante greifen. Danach gilt nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU vorbehaltlich anderweitiger unionsrechtlicher Satzungsregelung das nationale Recht. Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU regelt nicht die Organisationsstruktur als solche, sondern nur deren Abbedingbarkeit.⁹³⁸ Das entspricht auch dem Leitgedanken des Verordnungsgebers, die SPE als Pendant zur SE mit einem großen Gestaltungsspielraum insbesondere im Innenverhältnis zu schaffen.⁹³⁹ Eine Grundlage für die Abbedingung der nationalen Regelungen findet der Satzungsgeber in den Regelungsaufträgen in VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10.⁹⁴⁰ Dort gesteht ihm der Verordnungsgeber allgemein zu, Verfahren und Inhalt von Beschlusskompetenzen zu regeln. Außerdem können die Gesellschafter Kompetenzen als Rechte im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU in der Satzung verankern.

IV. Auslegung des SPE-VOE-HU im Übrigen

Das Auslegungsergebnis, dass die Organisationsstruktur der SPE gemäß der zweiten Auslegungsvariante vorbe-

⁹³⁶ Vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁹³⁷ Zu den beiden Auslegungsvarianten vgl. unter soeben II.

⁹³⁸ Auf Basis des SPE-VOE-SE a. A. *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 95 ff. – Primat des Geschäftsleitungsorgans, vgl. aber S. 105; unklar *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 94 f., 97 ff., 100, 102 ff., 109, 111, 115 f., 116 f., 128 f., 187 ff., 191, 373 f.

⁹³⁹ Ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 124.

⁹⁴⁰ Dagegen für Regelung der Kompetenzverteilung auf Basis von Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 107.

haltlich anderweitiger unionsrechtlicher Satzungsregelung dem nationalen Recht unterliegt, könnte durch eine Auslegung der übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU gestützt werden.

Fraglich ist zunächst, welchen Regelungsgehalt Art. 34 Abs. 2 S. 3 SPE-VOE-HU hat. Nach der Vorschrift kann „keine Beschränkung der Befugnisse der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans [...] gegenüber Dritten geltend gemacht werden, auch wenn sie bekannt gemacht wurde“. Man könnte die Vorschrift als Hinweis entweder auf eine grundsätzliche Vorrangstellung des Geschäftsleitungsorgans gegenüber der Gesellschafterversammlung oder darauf ansehen, dass die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsleitung erstens überhaupt und zweitens durch jedwedes Mittel beschränkt werden kann.⁹⁴¹ Es wäre allerdings überzogen und widerspräche dem *effet utile*,⁹⁴² eine derartige positive Entscheidung und Regelung des Verordnungsgebers anzunehmen. Dies umso mehr, als sich jenseits der Regelung keine Hinweise auf eine unionsrechtlich vorgegebene Organisationsstruktur und vielmehr Hinweise auf eine unionsrechtlich verordnete Satzungsgestaltungsfreiheit finden. Art. 34 Abs. 2 S. 3 SPE-VOE-HU ist folglich nicht als Hinweis auf eine grundsätzliche Vorrangstellung des Geschäftsleitungsorgans gegenüber der Gesellschafterversammlung oder auf eine Beschränkungsmöglichkeit von Geschäftsführungsbefugnissen anzusehen.⁹⁴³

Des Weiteren könnte Art. 27 Abs. 1a SPE-VOE-HU Aufschluss über die Organisationsstruktur der SPE geben. Aus dem Wortlaut⁹⁴⁴ und der Voranstellung der Vorschrift gegenüber den Folge Regelungen in Art. 27 SPE-VOE-HU ergibt sich, dass die Geschäftsleiter ihre Befugnisse von der Gesellschafterversammlung als oberstem Willensbildungsorgan der SPE ableiten. Mithin regelt Art. 27 Abs. 1a SPE-VOE-HU nicht mehr und nicht weniger, als dass die Organisationsstruktur der SPE in der Entscheidungsgewalt des Satzungsgebers liegt.⁹⁴⁵

Art. 28 Abs. 1 SPE-VOE-HU mit seinem nicht abschließenden Katalog von Beschlusskompetenzen der Gesellschafterversammlung,⁹⁴⁶ belegt allenfalls, dass eine bestehende Kompetenzstruktur abbedungen werden kann.⁹⁴⁷ Die Vorschrift besagt nichts darüber, inwiefern *zusätzliche* Beschlusskompetenzen der Gesellschafterversammlung ungeschrieben aufgrund des SPE-VOE-HU bestehen oder durch Satzungsregelung festgeschrieben werden kön-

⁹⁴¹ Vgl. auf Basis von Art. 33 Abs. 2 SPE-VOE-K *Martens*, Managementstrukturen, S. 40, 84, 131 f.; *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 900 – These 30; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 292; *DIHK*, Stellungnahme, S. 8; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 902 f.; *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 246 (with fn. 10); *Mosch*, Kapital-schutz ohne Kapital, S. 287; relativierend *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 183; wiederum anders *Martens*, Managementstrukturen, S. 49, 84 f., 90, 92 ff., 99 ff., 105, 228 f., 237.

⁹⁴² Vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

⁹⁴³ So wohl auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 102, 111 f.

⁹⁴⁴ „wichtigstes“, „main“ und „principal“.

⁹⁴⁵ So auch *Anzinger*, BB 2009, 2606, 2610; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 184 f. (mit Fn. 800), 215, 218; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 151; ähnlich, im Ergebnis aber offenlassend *Culmann*, SPE in der Krise, S. 115 f.; a. A. *Meller*, Gläubigerschutz, S. 159 f., 164; *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht D. Rn. 382; *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 245; in diese Richtung ggf. auch *Jung*, EuZW 2012, 129, 130; unklar *Martens*, Managementstrukturen, S. 41, 100, 139 f.; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 104 ff., 122; wiederum anders *Navez*, in: ECFR-Special 2013, pp. 147, 160 et seq., 168 et seq.; vgl. auch auf Basis des SPE-VOE-K *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 104, 282.

⁹⁴⁶ „zumindest“ bzw. „at least“ bzw. „au moins“.

⁹⁴⁷ In diese Richtung auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 35 f., 40 ff., 180, 231 f., 239; a. A. *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 245 et seq. (with fn. 8, 9); wohl auch auf Basis von Art. 26 SPE-VOE-P *Kramer*, Organisationsverfassung, S. 2 f., S. 21.

nen.⁹⁴⁸ Art. 2 Abs. 1 lit. e SPE-VOE-HU,⁹⁴⁹ Art. 27 Abs. 1 S. 1 SPE-VOE-K/P und die Ergänzungen des Parlaments in Art. 26 SPE-VOE-P wiederum regeln nur, dass die SPE bestimmte Organisationseinheiten hat, enthalten sich aber Aussagen zur Kompetenzverteilung zwischen den Organisationseinheiten.⁹⁵⁰ Art. 8 Abs. 1 lit. ec SPE-VOE-HU und seine Vorgängerregelungen äußern sich nur zum Innenverhältnis von Organisationseinheiten, ohne das Verhältnis der Organisationseinheiten untereinander zu thematisieren.⁹⁵¹

Die Streichung von Art. 27 Abs. 1b SPE-VOE-CZ könnte das gefundene Ergebnis belegen. Die Norm und ihre Vorgängerversionen⁹⁵² trafen keine Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Organisationsstruktur der SPE. Zwar ergibt eine grammatikalische,⁹⁵³ systematische und historische Auslegung der Vorschriften,⁹⁵⁴ dass sie die Möglichkeit der Gesellschafterversammlung zur Einflussnahme auf die Organisationsverfassung regelten. Doch angesichts der übrigen Anhaltspunkte für eine Regelungsbefugnis des Satzungsgebers kann die Streichung von Art. 27 Abs. 1b SPE-VOE-CZ nicht als Entscheidung des Ordnungsgebers gegen eine Dispositionsbefugnis des Satzungsgebers verstanden werden. Vielmehr spricht sie dafür, dass grundsätzlich nationales Recht eingreifen sollte. Mithin belegt die Streichung von Art. 27 Abs. 1b SPE-VOE-CZ das gefundene Ergebnis.

Möglicherweise geben Art. 31 Abs. 2 SPE-VOE-K und Art. 32 SPE-VOE-CZ bzw. ihre Streichungen aus dem Verordnungstext Hinweise auf die Kompetenzstruktur der SPE. Art. 31 Abs. 2 SPE-VOE-K wollte unabhängig von Weisungsrechten ausschließlich die Bindung der Geschäftsleiter an die Interessen der Gesellschaft regeln.⁹⁵⁵ Art. 32 SPE-VOE-CZ und seine Vorgängernorm Art. 31 Abs. 4 S. 1 SPE-VOE-K/FR wollten nur darauf hinweisen, dass Weisungen überhaupt möglich sind.⁹⁵⁶ Folglich gibt die Streichung von Art. 31 Abs. 2 SPE-VOE-K bzw.

⁹⁴⁸ Auf Basis des SPE-VOE-K ähnlich *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 902 f.; *Teichmann*, RIW 120, 125; auf Basis des SPE-VOE-SE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 112 f.; a. A. wohl auf Basis des SPE-VOE-HU *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 245.

a. A. auf Basis des SPE-VOE-K *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 149; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 298.

⁹⁴⁹ In dessen deutscher Übersetzung offenbar versehentlich der Passus „*das laut Satzung der SPE für die Leitung der SPE zuständig ist*“ fehlt.

⁹⁵⁰ Ähnlich zu Art. 2 Abs. 1 lit. d SPE-VOE-K, allerdings Art. 26 Abs. 1 S. 3 SPE-VOE-P als Hinweis auf ein Weisungsrecht interpretierend *Martens*, Managementstrukturen, S. 15, 36, 38, 117 (mit Fn. 828), 132, 134 (mit Fn. 981); wohl auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 95, vgl. aber S. 99; dagegen für Art. 26 SPE-VOE-HU als Indikator für Allzuständigkeit des Leitungsorgans vorbehaltlich ausnahmsweiser Gesellschafterzuständigkeit nach Art. 27 SPE-VOE-K *von der Höh*, Kompetenzverteilung, S. 26 ff.

⁹⁵¹ So auch zu SPE-VOE-K Anhang I *Martens*, Managementstrukturen, S. 38; a. A. *Gutsche*, in: FS Hommelhoff, S. 285, 296.

⁹⁵² Vgl. *Autoren-Gesamtteam*, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 15 (Organisation der Gesellschaft), vgl. vornehmlich S. 2.

⁹⁵³ „*Organisation der SPE*“, „*organisation of the SPE*“ und „*l'organisation de la SPE*“.

⁹⁵⁴ Vgl. VOE-K-Anhang I Spiegelstriche 31 und 32 bzw. VOE-FR/CZ-Anhang I Spiegelstriche 45 und 46, die sich auf die Organisation des Geschäftsleitungsorgans bezogen hatten, sowie Art. 14 SPE-VOE-CREDA 1997 bzw. 2006 mit seinen Erläuterungen zur „*Organisation der Gesellschaft*“.

⁹⁵⁵ Unklar *Martens*, Managementstrukturen, S. 14, 36, 69 f., 71 ff., 87, 132, 142, 165, 169 f. (mit Fn. 1187), 177

⁹⁵⁶ In Bezug auf Art. 31 Abs. 4 SPE-VOE-K unklar *Martens*, Managementstrukturen, S. 74, 131 ff., 143; a. A. *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 900 – These 30; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 909; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 184; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 159 f.; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 292, vgl. aber S. 298; *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 246 (with fn. 10); *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 287; relativierend *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 183; in diese Richtung auch *DAV*, Stellungnahme, Punkt 108, S. 30; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 44 f.

Art. 32 SPE-VOE-CZ ebenfalls keine Hinweise auf ein bestimmtes Organisationsgefüge. Auch Art. 31 Abs. 2 SPE-VOE-K und Art. 32 SPE-VOE-CZ trafen keine Regelungen zur Kompetenzstruktur der SPE.⁹⁵⁷

Schließlich kommt noch in Betracht, dass die *Natur der SPE* als kleine Kapitalgesellschaft mit geschlossenem Gesellschafterkreis eine bestimmte Organisationsverfassung der SPE vorgibt. Das wird von großen Teilen der Literatur zur SPE vertreten.⁹⁵⁸ Wie ein Rechtsvergleich zeigt, sind die Organisationsverfassungen der nationalen kleinen Kapitalgesellschaften allerdings höchst unterschiedlich ausgestaltet.⁹⁵⁹ Beispielsweise sind die Geschäftsführer der deutschen GmbH grundsätzlich kraft Gesetzes allgemein weisungsgebunden, während die Geschäftsleitung der niederländischen B.V.,⁹⁶⁰ der französischen S.à.r.l.⁹⁶¹ und der englischen Limited⁹⁶² grundsätzlich autonom und allenfalls punktuellen Weisungen kraft Satzungsregelung unterworfen ist.

Der SPE könnte am ehesten eine Ähnlichkeit zur englischen Limited zugesprochen werden. Es ist allerdings fraglich, ob der Ordnungsgeber eine der Limited ähnliche Organisationsverfassung der SPE etablieren wollte. In der englischen Literatur wird überwiegend abgelehnt, dass die Gesellschafterversammlung ein generelles Recht zur Weisung durch Sonder- oder ordentliche Beschlüsse hat bzw. zumindest durch Satzungsregelung begründen kann.⁹⁶³ Im Unterschied zum englischen Recht unterstreicht Art. 27 Abs. 1a SPE-VOE-HU allerdings die grundlegende Entscheidungshoheit der Gesellschafter über die Organisationsstruktur ihrer Gesellschaft. Außerdem wurde durch die Streichung des Zusatzes in Art. 27 Abs. 1c S. 1 SPE-VOE-HU die Anlehnung an Art. 3 Limited-Mustersatzung bewusst entfernt.⁹⁶⁴ Art. 27 Abs. 4 SPE-VOE-HU ähnelt zwar dem englischen Recht, aber auch demjenigen der SE und Schwedens. Art. 32 SPE-VOE-CZ war zwar an sec. 170 (1), 172 (1) CA 2006 angelehnt, konnte aber Zusammenschau mit der Voranstellung des neuen Art. 27 Abs. 1 SPE-VOE-CZ nicht ohne weiteres als Hinwendung zum englischen Recht verstanden werden. Indem die Vertretungsbefugnis nach Art. 34 Abs. 2 S. 3 SPE-VOE-HU ähnlich zu Art. 9 Abs. 2 Publizitätsrichtlinie unabhängig von einer Bösgläubigkeit Dritter unbeschränkt ist, hat sich der Ordnungsgeber gegen die in Verhandlungen erwogene Anlehnung an sec. 40 CA 2006 entschieden.⁹⁶⁵ Als sich der Ordnungsgeber gegen eine unionsrechtliche Eigenregelung zur Organisati-

⁹⁵⁷ So auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 13, 16; mit anderer Begründung *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 182; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 111 f.; a. A. *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 149; *Anzinger*, BB 2009, 2606, 2610.

⁹⁵⁸ So *Martens*, Managementstrukturen, S. 49, 84 f., 90, 92 ff., 99 ff., 105, 135 ff., 228 f., 237; *BDI/BDA*, Positionspapier, S. 4; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 292; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 282; in diese Richtung auch *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 149 (mit Fn. 43); *Culmann*, SPE in der Krise, S. 115; wohl auch *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 44 f.; *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 184 f., 222.

⁹⁵⁹ So auch *Teichmann*, in: *Hommelhoff/Schubel/ders./SPE*, S. 39, 57.

⁹⁶⁰ Vgl. *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 217; *de Vries/van Efferink*, GmbHR-Sonderheft 2006, 48, 52.

⁹⁶¹ Vgl. *Recq/Smyrek*, GmbHR-Sonderheft 2006, 54, 57; *Gros*, Leitungshaftung, S. 117.

⁹⁶² Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10.1 (pp. 466 et seq.); *Doralt*, Managerpflichten, Vor Part 10 Rn. 4; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 217.

⁹⁶³ Überblickartig *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10.2.5 (pp. 468 et seq.); *Martens*, Managementstrukturen, S. 93 f., 125 ff., 137; zur überwiegenden Meinung vgl. *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co v Cuninghame* [1906] 2 Ch. 34; *Salmon v Quin and Axtens Ltd* [1909] 1 Ch 311 (CA); *John Shaw & Sons (Salford) Ltd v Shaw* [1935] 2 KB 113; *Breckland Holdings Ltd v London and Suffolk Properties Ltd* [1989] BCLC 100; zur Mindermeinung, die Weisungsrechte vorbehaltlich Satzung anerkennt vgl. *Marshall's Valve Gear Co Ltd v Manning Wardle and Co Ltd* [1909] 1 Ch. 267; *Tang Kam-Yip v Yau Kung School* [1986] HKLR 448 (CA); für Möglichkeit der Verankerung eines generellen Weisungsrechts in der Satzung wohl *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 217; unklar *Doralt*, Managerpflichten, Vor Part 10 Rn. 4.

⁹⁶⁴ A. A. auf Grundlage des SPE-VOE-SE *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 347; *Teichmann*, RIW 2010, 120, 125.

⁹⁶⁵ Der mitgliedstaatliche Vorschlag, die Regelung nach britischem Vorbild anzupassen, wurde nicht umgesetzt, vgl. noch Fußnote 28 zu Art. 34 Abs. 2 S. 2 SPE-VOE-CZ: „DELETED: limit to third parties acting in good faith.“

onsverfassung der SPE entschieden hat, hat er sich also auch gegen die Etablierung einer der Limited ähnlichen Organisationsverfassung der SPE entschieden.⁹⁶⁶ Folglich gibt auch die *Natur der SPE* als kleine Kapitalgesellschaft mit geschlossenem Gesellschafterkreis keine bestimmte Organisationsverfassung der SPE vor.⁹⁶⁷

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass eine Auslegung der übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU das Auslegungsergebnis stützt, dass die Organisationsstruktur der SPE vorbehaltlich anderweitiger unionsrechtlicher Satzungsregelung dem nationalen Recht unterliegt.⁹⁶⁸

V. Zwischenfazit: Grundsätzliche Organisationsverfassung aufgrund des SPE-VOE-HU

Organisationseinheiten der SPE sind die *Gesellschafterversammlung* bzw. die *Gesamtheit der Gesellschafter*, das *Geschäftsführungsorgan* und ggf. das *Aufsichtsorgan*.⁹⁶⁹

Die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, dass der Verordnungsgeber die grundsätzliche Kompetenzstruktur der SPE trotz seiner ausführlichen Regelungen zu den Organisationseinheiten der SPE bewusst nicht geregelt hat.⁹⁷⁰ Hierbei ist Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU zu entnehmen, dass zwei sich gegenseitig ausschließende Auslegungsvarianten in Betracht kommen: Entweder gilt Unionsrecht vorbehaltlich abweichender nationaler Regelung, oder es gilt nationales Recht vorbehaltlich abweichender unionsrechtlicher Satzungsregelung. In weitergehender Auslegung des SPE-VOE-HU ist die erste Auslegungsalternative, also ein Staatenwahlrecht, abzulehnen⁹⁷¹ und die zweite Auslegungsalternative, also eine Regelungslücke, zu favorisieren. Entgegen zahlreichen Literaturstimmen kann aus den SPE-VO-Entwürfen nämlich keine Entscheidung des Verordnungsgebers für oder gegen eine bestimmte Organisationsstruktur der SPE entnommen werden. Außerdem finden sich Hinweise auf eine Dispositionsbefugnis des Satzungsgebers. Es greift nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU nationales Recht, sofern der Satzungsgeber die Kompetenzstruktur nicht abweichend vom nationalen Recht unionsrechtlich regelt.⁹⁷²

⁹⁶⁶ A. A. *Martens*, Managementstrukturen, S. 26.

⁹⁶⁷ So auch *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 247; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 111, 113 ff., 123; ebenso zur SUP *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 217.

⁹⁶⁸ Ähnlich, aber für nationalrechtliche Satzungsregelungen *Martens*, Managementstrukturen, S. 20, 49, 99 f., 134 ff., 147, 163, 222 f., 225 f., 231, 243; a. A. ggf. *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 163, 195; vgl. auch *Isiki*, SPE, S. 37 ff.

⁹⁶⁹ Vgl. unter vorstehend I.

⁹⁷⁰ Vgl. unter vorstehend II., III. und IV.; so wohl auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 83, 134; offenlassend auf Basis des SPE-VOE-HU *Teichmann*, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 57; a. A. auf Basis des SPE-VOE-SE *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 95 f.; auf Basis des SPE-VOE-SE *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 567; *Münch/Franz*, BB 2010, 2707, 2712; auf Basis des SPE-VOE-K *Bormann/König*, RIW 2010, 111; vgl. auf Basis des SPE-VOE-SE auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 110 – unklar, ob Weisungsrecht besteht.

⁹⁷¹ Allgemein gegen Staatenwahlrechte im Zusammenhang mit Weisungsrechten *Hommelhoff*, in: FS Stolz, S. 287, 291, 298.

⁹⁷² Vgl. unter vorstehend II., III. und IV.; so im Ergebnis grundsätzlich auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 36, 117 (mit Fn. 828), 139, 229, 231; in dieselbe Richtung, aber die Regelungsmöglichkeit eines Weisungsrechts anzweifeln *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 375 f.; a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285; bei der SUP für eine Dispositionsbefugnis des Satzungsgebers *Teichmann*, AG 2013, 184, 197.

C. Etablierung von Weisungsrechten durch Satzungsunionsrecht

I. Grundlagen für Satzungsregelungen

1. Regelungsaufträge als Grundlage

In Auslegung des SPE-VOE-HU ist dem Satzungsgeber die Möglichkeit zuzusprechen, die Kompetenzstruktur der SPE durch Satzungsunionsrecht zu regeln und dadurch gemäß Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU das nationale Recht auszuschließen.⁹⁷³ Dazu muss er von im SPE-VOE-HU enthaltenen Satzungsregelungsaufträgen Gebrauch machen.⁹⁷⁴

Dass der Unionsgesetzgeber dem Satzungsgeber die Möglichkeit einräumt, die Kompetenzstruktur unionsrechtlich zu regeln, spricht dafür, dass der Unionsgesetzgeber von der Eignung der Satzungsregelungsaufträge hierfür ausgeht. Das wiederum deutet darauf hin, dass mithilfe von Satzungsregelungsaufträgen Weisungsrechte etabliert werden können, sofern sich aus den Regelungsaufträgen nichts Gegenteiliges ergibt. Fraglich ist, welche Regelungsaufträge für die Etablierung unionsrechtlicher Weisungsrechte im SPE-Konzern in Betracht kommen.

2. Weisungsrecht als weitere Beschlusskompetenz der Gesellschafterversammlung

Zunächst kommt in Betracht, unionsrechtliche Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung nach Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 zu schaffen. Diese beiden fakultativen Regelungsaufträge erlauben, Beschlusskompetenzen und -verfahren festzuschreiben.

Mithilfe des fakultativen Regelungsauftrags in VOE-HU-Anhang I Nr. 10 können zusätzliche Beschlusskompetenzen der Gesellschafterversammlung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 SPE-VOE-HU geschaffen werden. Der Regelungsauftrag enthält keinerlei Hinweise darauf, dass er nicht für die Gestaltung der Organisationsverfassung der SPE genutzt werden darf.⁹⁷⁵ Daher darf der Satzungsgeber nach VOE-HU-Anhang I Nr. 10 in der Satzung der Tochter-SPE Weisungsrechte als Beschlusskompetenzen der Gesellschafterversammlung festschreiben.⁹⁷⁶ Für die Satzungsregelung könnte sich der Satzungsgeber zusätzlich auf den fakultativen Regelungsauftrag in VOE-HU-Anhang I Nr. 9 berufen. Danach kann nämlich das Antrags- und Beschlussverfahren vor dem Hintergrund von Art. 28 Abs. 3 SPE-VOE-HU konkretisiert werden.⁹⁷⁷ Der Regelungsauftrag enthält keine Hinweise darauf, dass er für einzelne Beschlusskompetenzen im Allgemeinen bzw. Weisungsrechte im Besonderen keine Anwendung finden soll. Vielmehr bietet es sich bei derart wichtigen und ggf. streitanfälligen Beschlusskompetenzen wie Weisungsrechten an, das Antrags- und Beschlussverfahren gemeinsam mit den Beschlusskompetenzen zu regeln. Folglich kann der Satzungsgeber unionsrechtliche Weisungsrechte dadurch etablieren, dass er nach Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 die Weisungsrechte als zusätzliche Beschlusskompetenzen sowie das damit verbundene Antrags- und Beschlussverfahren in der Satzung der Tochter-SPE

⁹⁷³ Vgl. unter vorstehend B.

⁹⁷⁴ Vgl. Kapitel 3 B. I. 2., II.

⁹⁷⁵ Unklar *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 97, 100 (mit Fn. 262), 116 f., 118 ff.

⁹⁷⁶ Für Zustimmungsvorbehalte aufgrund von VOE-SE-Anhang I Nr. 10 *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 100 f.

⁹⁷⁷ Dagegen für Festlegung von Mehrheitsschwellen auf Basis von VOE-SE-Anhang I Nr. 10 *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 126 f., vgl. aber auch S. 327 ff.

regelt.

In Betracht kommt diese Variante insbesondere bei hundertprozentigen Konzerntöchtern sowie in solchen Mehrpersonen-SPEs, in denen sich Gesellschafterbeschlüsse wegen eines überschaubaren Gesellschafterkreises zügig herbeiführen lassen. Freilich können durch diese Gestaltungen keine Konzernebenen „übersprungen“, also z. B. Weisungsrechte der Konzernspitze gegenüber einer Enkelgesellschaft begründet werden. Falls ein SPE-Vertragskonzern deutschen Rechts zulässig ist,⁹⁷⁸ könnten anders als beim Weisungsrecht nach VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 auch Nichtgesellschaftern Weisungsrechte eingeräumt werden. Sofern also Konzernebenen „übersprungen“ werden sollen, ist also möglicherweise ein SPE-Vertragskonzern gegenüber einem Weisungsrecht nach VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 vorteilhaft.⁹⁷⁹ Allerdings ist es möglich, in der Tochter-SPE einen mit Mitgliedern der Konzernspitze besetzten Aufsichts- oder Beirat⁹⁸⁰ einzusetzen und diesem nach VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 ein Weisungsrecht einzuräumen.⁹⁸¹ Insofern könnte eine dem SPE-Vertragskonzern angenäherte Struktur hergestellt werden.

3. Weisungsrecht als Sonderrecht einzelner Gesellschafter

Alternativ zu einem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung kommt in Betracht, in Form von Sonderrechten einzelnen Gesellschaftern Weisungsrechte einzuräumen.⁹⁸² Hierzu muss von dem Regelungsauftrag in Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU in entsprechender Weise Gebrauch gemacht werden. Denn auf Basis dieses obligatorischen Regelungsauftrags können an Geschäftsanteile geknüpfte geldliche und nicht geldliche Rechte etabliert und die mit den Geschäftsanteilen verbundenen Verpflichtungen festgeschrieben werden.

Diese Variante ist insbesondere bei Mehrpersonen-SPEs das Mittel der Wahl, in denen z. B. dem Mehrheitsgesellschafter das Recht zugestanden werden soll, die Geschäftsleitung der Tochter-SPE unter Ausschluss der übrigen Gesellschafter schnell und flexibel anzuweisen. Aber auch bei hundertprozentigen Tochter-SPEs und überschaubarem Gesellschafterkreis bietet es sich an, Weisungsrechte mithilfe des Regelungsauftrags in Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU zu schaffen. Denn mit der bloßen Etablierung von Weisungsrechten muss in der SPE nicht automatisch auch das Recht verbunden sein, Weisungen im Konzerninteresse zu erteilen.⁹⁸³ Es bedarf einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU um zu entscheiden, ob für Weisungen im Konzerninteresse das Weisungsrecht als solches genügt, oder ob es flankierender Maßnahmen bedarf.⁹⁸⁴

Ebenso wie Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung vermögen aber auch Weisungsrechte in Gestalt von Gesellschaftersonderrechten nicht, Konzernebenen zu „überspringen“. Beispielsweise können keine Weisungsrechte der Konzernspitze gegenüber einer Enkelgesellschaft begründet werden. Falls ein SPE-Vertragskonzern

⁹⁷⁸ Vgl. dazu Kapitel 7 B. II. 2., III. 3. und IV. 3.

⁹⁷⁹ Vgl. dazu Kapitel 7 B. II. 2., III. 3. und IV. 3.

⁹⁸⁰ Für die Zulässigkeit von Beiräten auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 192 ff., 232 ff.

⁹⁸¹ Ggf. ebenfalls in diese Richtung *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 102 ff.; teilweise a. A. *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 187, 204 ff., 215, 374 f.; zur GmbH *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, Rn. 572; *Zöllner/Beurskens*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, Anh. Konzernrecht Rn. 65.

⁹⁸² In diese Richtung wohl auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 125.

⁹⁸³ Wohl a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 108, 206, 210, 213, 215 ff., 283; allgemein auf die Trennung, aber logische Verbundenheit hinweisend *Conac*, ECFR 2013, 194, 195.

⁹⁸⁴ Vgl. dazu Kapitel 6.

deutschen Rechts zulässig ist,⁹⁸⁵ könnten anders als beim Weisungsrecht nach Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU auch Nichtgesellschaftern Weisungsrechte eingeräumt werden. Sofern also Konzernebenen „übersprungen“ werden sollen, ist also möglicherweise ein SPE-Vertragskonzern gegenüber einem Weisungsrecht nach Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU vorteilhaft.⁹⁸⁶

Um Konzernebenen zu überwinden ist es allerdings möglich, in der Tochter-SPE einen mit Mitgliedern der Konzernspitze besetzten Aufsichts- oder Beirat einzusetzen und diesem nach Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU ein Weisungsrecht einzuräumen.⁹⁸⁷ Alternativ können die unmittelbaren Gesellschafter der Konzernspitze das nach Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU begründete Weisungsrecht schuldrechtlich zur Ausübung überlassen, während sie selbst als originäre Rechtsinhaber parallel weisungsbefugt bleiben.⁹⁸⁸

II. Umfang des Weisungsrechts

1. Spezielles und allgemeines Weisungsrecht

Allerdings ist fraglich, über welchen Gestaltungsspielraum der Satzungsgeber verfügt, wenn er nach Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 oder Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU unionsrechtliche Weisungsrechte etablieren möchte. Es kommt in Betracht, punktuelle, auf konkret spezifizierte Gegenstände zugeschnittene Weisungsrechte zu schaffen. Möglicherweise kann der Satzungsgeber aber auch ein allgemeines Weisungsrecht festschreiben.⁹⁸⁹

Der Ordnungsgeber gibt bewusst keine bestimmte Organisationsverfassung vor, sondern eröffnet mit der Wendung „*alle Befugnisse*“ in Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU einen weiten Regelungsspielraum.⁹⁹⁰ Dementsprechend besteht kein Bedürfnis, die Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU, VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 einschränkend auszulegen. Indem die unionsrechtlichen Satzungsregelungen nach Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU das nationale Recht verdrängen, schränkt auch eine durch das nationale Recht vorgegebene Organisationsverfassung den Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers nicht ein.

Damit kann im Extremfall eine nationalrechtliche Kompetenzstruktur durch Etablierung eines allgemeinen Weisungsrechts umgekehrt werden, selbst wenn dies nach dem betreffenden nationalen Recht nicht erlaubt wäre. Vor dem Hintergrund einer größtmöglichen Effizienz im transnationalen SPE-Konzern hat diese Lösung auch den Charme, dass der Satzungsgeber nicht zeit- und kostenaufwändig prüfen lassen muss, welche Organisationsverfassung und welche Gestaltungsspielräume die jeweiligen nationalen Rechte vorgeben. Als ein qualitatives Weniger im Vergleich zu punktuellen oder allgemeinen Weisungsrechten darf der Satzungsgeber alternativ oder

⁹⁸⁵ Vgl. dazu detailliert Kapitel 7 B. II. 2., III. 3. und IV. 3.

⁹⁸⁶ Vgl. Kapitel 7 B. II. 2., III. 3. und IV. 3.

⁹⁸⁷ Vgl. unter vorstehend 2.

⁹⁸⁸ So wohl auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 187; vgl. auch zur GmbH *K. Schmidt*, in: Scholz/GmbHG, § 45 Rn. 15.

⁹⁸⁹ Vgl. auch allgemein *Engert*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 75, 85.

⁹⁹⁰ Wohl für umfassende nationalrechtliche Regelungsmöglichkeiten u. a. aufgrund der Gestaltungsfreiheit in der SPE, im Detail aber unklar *Martens*, Managementstrukturen, S. 35 f., 40 ff., 49, 74, 84 f., 90, 92 ff., 99 ff., 105, 119 f., 131 ff., 135 ff., 143, 147, 163, 180, 225 f., 228 f., 231 f., 237, 239.

zusätzlich zu den Weisungsrechten *erst recht* auch Zustimmungsvorbehalte und Vetorechte statuieren.⁹⁹¹ Die unionsrechtliche Satzungsregelung kann allerdings nicht wirksam auf eine Gesellschaftervereinbarung⁹⁹² oder Geschäftsordnung⁹⁹³ außerhalb der Satzung verweisen. Denn solche Dokumente genügen nicht den durch den SPE-VOE-HU aufgestellten Form- und Publizitätserfordernissen.

Folglich steht es dem Satzungsgeber frei, punktuelle, auf konkret spezifizierte Gegenstände zugeschnittene Weisungsrechte oder ein allgemeines Weisungsrecht zu etablieren.⁹⁹⁴

2. Weisungen im Konzerninteresse

Problematisch ist, ob und unter welchen Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 oder Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU geschaffene unionsrechtliche Weisungsrechte auch im Konzerninteresse ausgeübt werden dürfen. Sollte dies erlaubt sein, würde die Effizienz im SPE-Konzern in besonderem Maße erhöht.⁹⁹⁵ Das Recht zur Erteilung nachteiliger Weisungen ist mit einem Weisungsrecht allerdings nicht *qua natura* verknüpft.⁹⁹⁶ Ob und inwiefern bei Weisungen im SPE-Konzern Konzerninteressen berücksichtigt werden dürfen, muss getrennt von der Weisungsmöglichkeit in einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU eruiert werden.⁹⁹⁷

3. Haftung der Gesellschafter und Organmitglieder

Fraglich ist, ob und inwiefern die Gesellschafter und Organmitglieder einer Tochter-SPE für die Erteilung bzw. Ausführung unionsrechtlicher Weisungen haften. Die Gesellschafter- und Geschäftsleiterhaftung bildet eine wesentliche schutzrechtliche Komponente des Konzerns.⁹⁹⁸

Falls es im SPE-Konzern eine gesellschaftlicherliche Treuepflicht gibt,⁹⁹⁹ kommt zunächst eine Gesellschafterhaftung wegen Verletzung dieser Treuepflicht in Betracht. Außerdem könnten die Gesellschafter nach nationalem Recht

⁹⁹¹ Im Ergebnis ebenfalls für die Zulässigkeit von Zustimmungsvorbehalten *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 100 f.; ebenso, allerdings nur als nationalrechtliche Sonstige Satzungsregelung, *Martens*, Managementstrukturen, S. 49, 84 f., 90, 92 ff., 99 ff., 105, 163, 226, 228 f., 237; vgl. aber auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 187 ff.

⁹⁹² A. A. vor dem Hintergrund nationalrechtlicher Weisungsrechte *Martens*, Managementstrukturen, S. 102, 145, 163, 212 f., 237.

⁹⁹³ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-K *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 99 ff.; a. A. *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 290; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 114, 178 f.; vor dem Hintergrund nationalrechtlicher Weisungsrechte *Martens*, Managementstrukturen, S. 56 ff., 66, 101 f., 145 ff., 228, 237, vgl. aber S. 236 f.

⁹⁹⁴ So auf Basis des SPE-VOE-HU ggf. auch *Teichmann*, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 57; auf Basis des SPE-VOE-SE *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 95 ff.; unklar *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 118 ff., 128 f., 373 f.

⁹⁹⁵ Vgl. unter vorstehend A.

⁹⁹⁶ Vgl. unter vorstehend A.

⁹⁹⁷ Zu dieser weitergehenden Auslegung vgl. ausführlich Kapitel 6.

⁹⁹⁸ Überblickartig *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 62 ff.; zum deutschen Recht z. B. *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 200 ff.; zum englischen Recht z. B. *Hannigan*, Company Law, mn. 3-37 et seq., 3-43 (pp. 54 et seq.), 3-51 et seq. (pp. 57 et seq.), 3-57 (p. 59), 6-23 et seq. (p. 147 et seq.), 9-17 (p. 189).

⁹⁹⁹ Vgl. aus organisationsrechtlicher Perspektive *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 290.

als als sogenannte *de facto directors* oder *shadow directors* haften.¹⁰⁰⁰ In Anlehnung an das englische Recht sind hiermit Personen gemeint, die entweder trotz nicht (mehr) wirksamer Bestellung für die Gesellschaft handeln, oder die einen dauerhaften bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen.¹⁰⁰¹ Nimmt man an, solche Personen müssten anders als wirkliche Geschäftsführer nicht unbedingt natürliche Personen sein,¹⁰⁰² betreffen die entsprechenden Haftungsinstitute auch herrschende Unternehmen im Konzern.¹⁰⁰³ Nachdem der SPE-VOE-CREDA¹⁰⁰⁴ und das Parlament¹⁰⁰⁵ vergleichsweise unspezifische Haftungsregelungen vorgesehen hatten, entschied sich der Verordnungsgeber zunächst für eine unionsrechtliche Regelung zur Gleichstellung nicht formell bestellter Geschäftsleiter mit wirklichen Geschäftsleitern.¹⁰⁰⁶ Nach Streichung dieser Vorschrift unterfällt die Haftung von *de facto directors* und *shadow directors* nunmehr dem nationalen Recht.¹⁰⁰⁷ Indem eine Weisungen erteilende Mutter-SPE nicht Geschäftsleiterin der Tochter-SPE ist oder war, haftet sie für die Weisungen also möglicherweise als *shadow director* nach dem Satzungsstaatensrecht der Tochter-SPE. Die Muttergesellschaft einer SPE englischer Provenienz haftet ggf. als *shadow director* englischen Rechts.¹⁰⁰⁸ Die Muttergesellschaft einer SPE deutscher Provenienz haftet demgegenüber ggf. zwar nicht als faktische Geschäftsführerin,¹⁰⁰⁹ aber je nach Fall – sofern die Rechtsgrundsätze auf SPEs anwendbar sind – nach dem Recht faktischer Konzerne, wegen einer Treuepflichtverletzung oder wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs.¹⁰¹⁰ Da die nationalen Rechte demnach in Bezug auf die Gesellschafterhaftung höchst unterschiedlich ausgestaltet sind,¹⁰¹¹ leidet die

¹⁰⁰⁰ Bzw. „faktische Geschäftsleiter“ und „Schattendirektoren“, „dirigeants de fait“ und „dirigeants fantômes“; vgl. auch Maschke, Gläubigerschutz, S. 233, 248 ff., 252 ff.; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 235; zur SUP Drygala, EuZW 2014, 491, 495 f.

¹⁰⁰¹ Vgl. auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 232 ff.

¹⁰⁰² Mit dieser Argumentation im deutschen Recht eine Haftung der Mutter als faktische Geschäftsführerin ablehnend BGH NJW 2002, 1803, 1805; bei den wirklichen Geschäftsführern der SPE war das Erfordernis umstritten, vgl. Art. 30 Abs. 1 SPE-VOE-K und Art. 31 Abs. 1 der Folgeentwürfe; vgl. Fn. 57 im SPE-VOE-CZ: „DELETED: a legal person should be allowed to become a director of an SPE.“; für die SPE ggf. ebenso Navez, in: ECFR-Special, pp. 147, 169 et seq.; im Ergebnis a. A. Kneisel, SPE im Konzern, S. 210.

¹⁰⁰³ Unklar Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 235, 242, 243 ff.

¹⁰⁰⁴ Vgl. Ehrlicke, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 66.

¹⁰⁰⁵ Vgl. Parlamentsbericht 2006, Empfehlung 7 (S. 10).

¹⁰⁰⁶ Art. 30 Abs. 2 SPE-VOE-K, nachfolgend Art. 31 Abs. 2 SPE-VOE-FR/CZ; Fn. 58 im SPE-VOE-CZ: „DELETED disagrees with the provision on *de facto directors*.“ – nimmt man die Rechtsfiguren des englischen Rechts zum Vorbild, meinte die Vorschrift freilich eigentlich die Rechtsfigur des *shadow director*; so wohl auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 240 ff.; offenlassend Kneisel, SPE im Konzern, S. 210; a. A. deErice/Gaude, DStR 2009, 857, 860; Culmann, SPE in der Krise, S. 119 f.

¹⁰⁰⁷ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 13 (S. 12); ebenso zum SPE-VOE-SE Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 234, 236 f.; zum SPE-VOE-K Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 286 f., 296.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Teichmann, AG 2013, 184, 193; Hannigan, Company Law, mn. 6-9 (p. 142), 6-17 (p. 146), 6-23 et seq. (pp. 147 et seq.); Davies, Company Law, p. 98; Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, 672, 698 f., 753, 756 f.; Doralt, Managerpflichten, sec. 250 mn. 2, 4, sec. 215 mn. 1 et seqq.

¹⁰⁰⁹ So z. B. Drygala/Leinekugel, in: Oppenländer/Trölitzsch/GmbH-Geschäftsführung, § 42 Rn. 77; Mülbart, in: MüKo-HGB, Konzernrecht der Personengesellschaften Rn. 208, 221, 229; Lutter, in: ders./Hommelhoff/GmbHG, Anh. Zu § 13 Rn. 22; a. A. bei der GmbH & Co. KG U.H. Schneider/Crezelius, in: Scholz/GmbHG, § 43 Rdnr. 429 ff.; bei der GmbH Jungkurth, Konzernleitung bei der GmbH, S. 169 ff.; allgemein Fleischer, in: MüKo-GmbHG, § 43 Rn. 220 ff.

¹⁰¹⁰ Vgl. z. B. Mülbart, in: MüKo-HGB, Konzernrecht der Personengesellschaften Rn. 206; zur mitgliedschaftlichen Treuepflicht bei der SPE vgl. ausführlich Kapitel 6 D. II. 5. c); zur Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die SPE vgl. ausführlich Kapitel 8 D. II. 1. a) (2), 3. b) (2), III. 3.

¹⁰¹¹ Zu faktischen Geschäftsführern Engert, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 75, 106; Schön, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 112, 143.

Effizienz im transnationalen SPE-Konzern enorm.

Zusätzlich könnten die Organmitglieder der Tochter-SPE wegen der Ausführung unionsrechtlicher Weisungen haften. Nach zähen Verhandlungen und mehrfachen Änderungen entsprechender Verordnungsregelungen¹⁰¹² überantwortet der Verordnungsgeber die Organhaftung „*angesichts der Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen in Bezug auf [...] die allgemeinen Pflichten und die Haftung der Geschäftsführer*“ seit dem SPE-VOE-SE dem nationalen Recht.¹⁰¹³ Demnach haften die Organmitglieder einer Tochter-SPE nach dem Recht des Domizilstaates, wenn sie ihre bei Weisungsausführungen bestehenden Sorgfaltspflichten verletzen.¹⁰¹⁴ Da die SPE-VO nur das Gesellschaftsrecht der SPE regelt,¹⁰¹⁵ sind hiermit nur gesellschaftsrechtliche Pflichten- und Haftungstatbestände gemeint. Residiert die Tochter-SPE in England, haften sie ggf. nach Sec. 172 (1) CA 2006, während sie bei einer deutschen Tochter-SPE gemäß § 43 GmbHG zur Verantwortung gezogen werden können.¹⁰¹⁶ Denn Sec. 171 (1) CA 2006 und § 43 GmbHG knüpfen an die Organstellung der Geschäftsleiter an und bilden damit die zentralen Pflichten- und Haftungsnormen der jeweiligen GmbH-Gesellschaftsrechte.¹⁰¹⁷ In unionsrechtskonformer Auslegung¹⁰¹⁸ füllen sie also die entsprechenden Lücken im SPE-VOE-HU. Durch das uneinheitliche Haftungsregime wird die Organisierbarkeit und Rechtssicherheit und damit die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern empfindlich gemindert.¹⁰¹⁹

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Gesellschafter und Organmitglieder einer Tochter-SPE für die Erteilung bzw. Ausführung unionsrechtlicher Weisungsrechte grundsätzlich nach disparatem nationalen Recht haften.

4. Weitere Punkte

Bei der Satzungsgestaltung muss bedacht werden, dass die unternehmerische Mitbestimmung der SPE nach Artt. 27 Abs. 3a, 35 Abs. 1 SPE-VOE-HU dem nationalen Recht unterliegt. Es steht zu vermuten, dass das nationale Mitbestimmungsrecht die Befugnis der Gesellschafterversammlung einschränkt, bestimmte Geschäftsführungsbefugnisse an sich zu ziehen.¹⁰²⁰ In jedem Falle sollte die Satzungsregelung ausdrücklich klarstellen, dass die Geschäftsleitung der Tochter-SPE jeweils automatischen Vorlagepflichten unterliegt. Die Satzungsregelung sollte sich außerdem auch dazu verhalten, ob die Regelung abschließend gemeint ist und was bei etwaigen Lü-

¹⁰¹² Umfänglich Art. 31 SPE-VOE-K/P; restriktiver Art. 32 SPE-VOE-FR; in Anlehnung an secc. 170 (1), 172 (1), 174 (1) CA 2006, nicht jedoch auch an sec. 175 CA 2006, Art. 32 SPE-VOE-CZ.

¹⁰¹³ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12), Art. 9 Abs. 2 lit. I; *Schumacher/Stadtmüller*, GmbH 2012, 682, 684; für Geltung des Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-SE *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 270; *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 200, 260 f., 265 ff., 283 f.; zur Gesellschafterhaftung vgl. Art. 3 Abs. 3 SPE-VOE-HU; zum deutschen Recht z. B. *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 3; zum englischen Recht z. B. *Hannigan*, Company Law, mn. 3-35 et seqq. (pp. 54 et seq.).

¹⁰¹⁴ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); vgl. auch auf Basis des SPE-VOE-SE ebenso *Freudenberg*, NZG 2010, 527, 529.

¹⁰¹⁵ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1.

¹⁰¹⁶ Ebenso zur deutschen SPE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 249; *Freudenberg*, NZG 2010, 527, 529.

¹⁰¹⁷ Allgemein zum deutschen GmbH-Recht *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, § 43 Rn. 1 ff.; *Haas/Ziemons*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 43 Rn. 1 ff., 45, 243 ff.; in Bezug auf Auslandsgesellschaften *Greulich/Rau*, NZG 2008, 565, 566.

¹⁰¹⁸ Vgl. Kapitel 4 E. IV.

¹⁰¹⁹ So auch *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 270 f.; *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 66 – unter Hinweis auf z. B. Artt. 17 NRn. 1 und 3, 15 Nr. 2 und 16 Nr. 1 SPE-VOE-CREDA 1997; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279, 281 f. (fragliche Vorschriften unverändert).

¹⁰²⁰ Zu verordnungs- bzw. satzungsdurchbrechenden Beschlüssen vgl. unter nachstehend IV.

cken geschehen soll.¹⁰²¹ Hier kann unter Umständen auch eine Rechtswahlklausel¹⁰²² – z. B. zugunsten des gesellschaftlerfreundlichen deutschen Rechts – hilfreich sein.

III. Verfahren für die Etablierung und Ausübung von Weisungsrechten

Fraglich ist, welches Verfahren bei der Etablierung und Ausübung unionsrechtlicher Weisungsrechte durchlaufen werden muss.

Der satzungsändernde Gesellschafterbeschluss bedarf nach Art. 28 Abs. 1 und 2 SPE-VOE-HU einer qualifizierten Mehrheit von mindestens zwei Dritteln aller Stimmen.¹⁰²³ Gemäß Art. 9 Abs. 2 und 4, Art. 9a, Art. 28 Abs. 1 und 6, Art. 11 SPE-VOE-HU ist er sodann binnen vierzehn Tagen mitzuteilen und zu veröffentlichen, bevor er behördlich geprüft und bekannt gemacht wird. Art. 14 Abs. 2 SPE-VOE-HU, der spezielle Mehrheitserfordernisse für die Änderung bereits begründeter Sonderrechte vorsieht, ist noch nicht anwendbar. Nutzt die Gesellschafterversammlung ein ihr eingeräumtes Weisungsrecht aus, unterliegt der Gesellschafterbeschluss grundsätzlich keinem besonderen Verfahren.¹⁰²⁴ Ein besonderes Verfahren muss nur dann ausnahmsweise beachtet werden, wenn die Satzung setzt ein solches nach VOE-HU-Anhang I Nr. 9 vorschreibt.

Schwierigkeiten ergeben sich allerdings dann, wenn der Gesellschafterbeschluss rechtswidrig ist. Er könnte gegen Unionsrecht verstoßen, z. B. weil er die satzungsgegebene Weisungskompetenz überschreitet. Außerdem könnte er gegen nationales Recht verstoßen, wie z. B. möglicherweise im Falle einer existenzgefährdenden Weisung. Art. 28 Abs. 4 SPE-VOE-HU stellt lediglich fest, Gesellschafterbeschlüsse müssten mit der SPE-VO und der Satzung *im Einklang* stehen und könnten nach nationalem Recht *angefochten* werden. Diese Vorschrift bedarf der weitergehenden Auslegung um festzustellen, welche Auswirkungen ein Beschlussmangel auf den Weisungsbeschluss hat oder haben kann.

IV. Öffnungsklauseln für Durchbrechungsbeschlüsse

Es kommt in Betracht, dass erteilte Weisungen dem Umfang nach nicht durch bestehende Satzungsregelungen gedeckt sind. Möglicherweise schätzen die Gesellschafter den Umfang des Weisungsrechts falsch ein und begehen damit einen versehentlichen Rechtsverstoß. Andererseits kann es sein, dass im schnelllebigen Tagesgeschäft keine Zeit für eine nochmalige Satzungsanpassung besteht und daher willentlich gegen bestehendes Recht verstoßen wird. Ein besonderes Minenfeld könnte sich nicht zuletzt bei der Konzernfinanzierung eröffnen. Denn auf Basis des SPE-VOE-HU ist möglicherweise z. B. problematisch, ob und unter welchen Voraussetzungen unterjährige Ausschüttungen zulässig sind.¹⁰²⁵

Überschreiten die Gesellschafter ihre Befugnisse, sind die erteilten Weisungen eigentlich rechtswidrig.¹⁰²⁶ Folglich können die Rechtssicherheit und Flexibilität bei Weisungen im SPE-Konzern geringer sein als gewünscht.

¹⁰²¹ Vgl. auch *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 105.

¹⁰²² Vgl. Kapitel 3 B. VII. 2. b) (2).

¹⁰²³ Ebenso *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 126 f., 324 f.

¹⁰²⁴ Wohl ebenso *Martens*, Managementstrukturen, S. 138 f., 140 f., 147, 166 f., 238.

¹⁰²⁵ Vgl. dazu Kapitel 8 C. II. 1. a) (1).

¹⁰²⁶ Vgl. bereits unter soeben III.; dagegen für Anwendung der deutschen Grundsätze über satzungsdurchbrechende Beschlüsse auf die SPE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 127 f.

Darunter leidet die Effizienz im SPE-Konzern. Daher sollte der Satzungsgeber bei der Verankerung von Weisungsrechten stets erwägen, gleichzeitig eine Öffnungsklausel für Durchbrechungsbeschlüsse zu vereinbaren.¹⁰²⁷ Ist eine solche Öffnungsklausel wirksam, sind „überschießende“ Weisungen nicht rechtswidrig, was die Effizienz im SPE-Konzern steigert.

Fraglich ist, wie solche Öffnungsklauseln in der Satzung der Tochter-SPE verankert werden können. Zunächst empfiehlt es sich, sich bei Vereinbarung der Klauseln auf die fakultativen Regelungsaufträge in VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 zu Beschlussgegenständen und -verfahren zu berufen. Der Detaillierungsgrad einer Öffnungsklausel ist in Ansehung eines angemessenen Minoritäten- und Gläubigerschutzes zu bestimmen. Unterwirft die Satzungsregel die Durchbrechungsbeschlüsse einem qualifizierten Verfahren, sind Abstriche bei der inhaltlichen Konkretisierung zu verkraften. Ist die Durchbrechungsermächtigung umgekehrt in Bezug auf den möglichen Beschlussgegenstand sehr genau ausgestaltet, ist eine Lockerung der Verfahrensvorschriften jedenfalls bei Einführung der Ermächtigungsklausel mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erlaubt.

V. Zwischenfazit: Etablierung von Weisungsrechten durch Satzungsunionsrecht

Der Satzungsgeber kann unionsrechtliche Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung etablieren,¹⁰²⁸ indem er entweder nach Art. 8 Abs. 1a S. 1 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 Weisungsrechte als zusätzliche Beschlusskompetenzen einräumt oder nach Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU Weisungsrechte als Gesellschaftersonderrechte festschreibt. Es steht dem Satzungsgeber frei, punktuelle, auf konkret spezifizierte Gegenstände zugeschnittene Weisungsrechte oder ein allgemeines Weisungsrecht zu etablieren. Sofern aber Konzernebenen „übersprungen“ werden sollen, ist möglicherweise ein SPE-Vertragskonzern gegenüber einem Satzungsweisungsrecht vorteilhaft. Außerdem ist zu beachten, dass das Recht zur Erteilung nachteiliger Weisungen mit einem Weisungsrecht nicht *qua natura* verknüpft ist. Ob und inwiefern bei Weisungen im SPE-Konzern Konzerninteressen berücksichtigt werden dürfen, muss in einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU eruiert werden. Jedenfalls haften die Gesellschafter und Organmitglieder einer Tochter-SPE für die Erteilung bzw. Ausführung unionsrechtlicher Weisungen grundsätzlich nach disparatem nationalen Recht.¹⁰²⁹

Wenn die Gesellschafterversammlung Weisungsrechte in der Satzung verankert, muss sie bestimmte Verfahrens- und Formvorschriften des SPE-VOE-HU beachten. Nutzt sie ein ihr eingeräumtes Weisungsrecht aus, unterliegt der Gesellschafterbeschluss vorbehaltlich anderslautender Satzungsregelung keinem besonderen Verfahren. Allerdings sollte der Satzungsgeber bei der Verankerung von Weisungsrechten stets erwägen, gleichzeitig eine Öffnungsklausel für Durchbrechungsbeschlüsse zu vereinbaren. Bei der Satzungsgestaltung empfiehlt es sich unter Umständen des Weiteren, Regelungen zu Vorlagepflichten und etwaigen Regelungslücken zu treffen. Außerdem muss bedacht werden, dass die unternehmerische Mitbestimmung der SPE nach Artt. 27 Abs. 3a, 35 Abs. 1 SPE-VOE-HU dem nationalen Recht unterliegt.¹⁰³⁰

¹⁰²⁷ Zur GmbH allgemein z. B. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 53 Rn. 40 ff., 49; Zöllner, in: FS Priester, 879, 890 f.; Tröllitzsch, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 53 Rn. 29 m. w. N.; wohl generell gegen die Zulässigkeit satzungsdurchbrechender Beschlüsse Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 278.

¹⁰²⁸ Möglicherweise ebenso Hommelhoff, in: FS Stilz, S. 287, 290; ders., in: ders./Schubel/Teichmann/SPE, S. 23, 28 f., vgl. aber auch S. 35; a. A. Martens, Managementstrukturen, S. 99 f., 145 f., 222 f., 225 f., 231, vgl. aber S. 236 f.

¹⁰²⁹ Vgl. unter vorstehend II. 3.

¹⁰³⁰ Vgl. unter vorstehend II. 4., III. und IV.

D. Zusammenfassung Kapitel 5: Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE-Konzern

Ob die SPE als Konzernbaustein attraktiv ist, hängt wesentlich davon ab, ob und inwiefern Weisungsrechte bestehen oder etabliert werden können. Die Frage nach Weisungsrechten ist außerdem eng mit der Frage nach Weisungsrechten im SPE-Konzern verknüpft, aber getrennt von ihr zu beurteilen.¹⁰³¹

Organisationseinheiten der SPE sind die *Gesellschafterversammlung* bzw. die *Gesamtheit der Gesellschafter*, das *Geschäftsführungsorgan* und ggf. das *Aufsichtsorgan*.¹⁰³² Die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, dass der Verordnungsgeber die grundsätzliche Kompetenzstruktur der SPE trotz seiner ausführlichen Regelungen zu den Organisationseinheiten der SPE bewusst nicht geregelt hat. Art. 27 Abs. 1c S. 2 und 3 SPE-VOE-HU zu entnehmen, dass nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU nationales Recht vorbehaltlich abweichender unionsrechtlicher Satzungsregelung gilt.¹⁰³³ Der Satzungsgeber kann mithilfe von Regelungsaufträgen punktuelle und allgemeine unionsrechtliche Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung oder einzelner Gesellschafter etablieren. Allerdings ist hiermit nicht automatisch auch das Recht zur Erteilung nachteiliger Weisungen verknüpft. Wenn die Gesellschafterversammlung unionsrechtliche Weisungsrechte verankert bzw. ausübt, muss sie ggf. bestimmte unionsrechtliche Verfahrens- und Formvorschriften beachten. Die Gesellschafter und Organmitglieder haften für die Erteilung bzw. Ausführung unionsrechtlicher Weisungen grundsätzlich nach disparatem nationalen Recht.¹⁰³⁴

E. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Organisationsverfassung der SPE und Weisungsrechte im SPE-Konzern

I. Verordnungsgeber

1. Bei der monistischen Unternehmensverfassung sind die Aufsichtspersonen *qua definitionem* des SPE-VOE-HU ebenfalls Geschäftsführer bzw. Teil des Leitungsorgans¹⁰³⁵ und damit ebenfalls für die Geschäftsführung der Gesellschaft zuständig.¹⁰³⁶ Hieraus können sich für die Aufsichtspersonen Pflichtenmaßstäbe und Haftungsrisiken ergeben, die der Verordnungsgeber möglicherweise gar nicht begründen wollte. Übermäßige oder unklare Pflichtenmaßstäbe und Haftungsrisiken können die Effizienz im SPE-Konzern stark mindern. Im Interesse des *effet utile* der SPE-VO sollte der Unionsgesetzgeber also unbedingt überprüfen, ob und inwiefern der die Aufsichtspersonen in der monistischen SPE weiterhin als Geschäftsleiter definiert.¹⁰³⁷
2. Die Organisationsverfassung ist ein Aspekt, der eine Rechtsform maßgeblich prägt. Im Konzern kommt diesem Aspekt eine nochmals gesteigerte Bedeutung zu, weil die Gruppenmitglieder reibungslos und aufeinander abstimmt zusammenwirken. Dazu müssen der Konzernleitung effektive Kontroll- und Steuerungsinstrumente zur Verfügung stehen. Für die Attraktivität und Effizienz von SPE-Konzernen ist das

¹⁰³¹ Vgl. unter vorstehend A.

¹⁰³² Vgl. unter vorstehend B. I.

¹⁰³³ Vgl. unter vorstehend B. V.

¹⁰³⁴ Vgl. unter vorstehend C. II. 3.

¹⁰³⁵ Artt. 2 Abs. 1 lit. d, e und ea, 27 Abs. 3 SPE-VOE-HU.

¹⁰³⁶ Artt. 2 Abs. 1 lit. e, 27 Abs. 1c und 4, 31 Abs. 1, 34 Abs. 1 und 3 SPE-VOE-HU; a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 175, 192.

¹⁰³⁷ Vgl. unter vorstehend B. I.

Organisationsrecht zentral.¹⁰³⁸ Vor diesem Hintergrund ist das Konzept des SPE-VOE-HU, das die SPE-Organisationsverfassung vorbehaltlich unionsrechtlicher Satzungsregelung dem nationalen Recht des Domizilstaates unterfällt, zu begrüßen.¹⁰³⁹ Denn hierdurch ermöglicht der Unionsgesetzgeber den Unternehmen, die Organisationsverfassung flexibel und unionsweit einheitlich selbst festzulegen. Alternativ können sie den Punkt ungeregelt lassen und dadurch die Organisationsverfassung gezielt dem nationalen Recht unterstellen. Sind die Satzungssitze sämtlicher Konzern-SPEs in ein- und demselben Mitgliedstaat konzentriert,¹⁰⁴⁰ können die Unternehmen auch auf diesem Wege ihren SPE-Konzern unionsweit einheitlich strukturieren. Durch seine Regelungsstruktur im SPE-VOE-HU fördert der Verordnungsgeber also prinzipiell den *effet utile* der SPE-VO.¹⁰⁴¹ Allerdings bedarf es eines beträchtlichen Auslegungsaufwands, um dem SPE-VOE-HU zu entnehmen, wie sich der Verordnungsgeber die Organisationsverfassung der SPE vorstellt. Die komplizierten Verordnungsregelungen provozieren Rechtsunsicherheiten und Auslegungstreitigkeiten. Hierdurch wird die Verwirklichung des *effet utile* der SPE-VO stark gefährdet. Dem Unionsgesetzgeber ist also dringend zu empfehlen, die soeben beschriebene SPE-Organisationsverfassung klar und deutlich in der SPE-VO zu regeln.¹⁰⁴²

3. Wenn der Verordnungsgeber die SPE-Organisationsverfassung in der SPE-VO klar und deutlich regelt, sollte er unbedingt auch ausdrücklich erwähnen, dass Weisungsrechte auf Grundlage von VOE-HU-Anhang I Nrn. 9 und 10 bzw. Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU geschaffen werden können. Außerdem sollte der Unionsgesetzgeber dringend die Freiheit des Satzungsgebers klarstellen, punktuelle, auf konkret spezifizierte Gegenstände zugeschnittene Weisungsrechte oder ein allgemeines Weisungsrecht zu etablieren. Zusätzlich ist zu empfehlen, in der SPE-VO ein unmissverständliches Regime für Durchbrechungsbeschlüsse zu schaffen.¹⁰⁴³
4. Die Gesellschafter und Organmitglieder einer Tochter-SPE haften für die Erteilung bzw. Ausführung unionsrechtlicher Weisungen grundsätzlich nach disparatem nationalen Recht. Durch das uneinheitliche Haftungsregime wird die Organisierbarkeit und Rechtssicherheit und damit die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern empfindlich gemindert.¹⁰⁴⁴ Im Interesse des *effet utile* der SPE-VO ist dem Unionsgesetzgeber ist dringend zu empfehlen, einen neuen Anlauf für eine eindeutige unionsrechtliche Regelung der Gesellschafter- und Organhaftung zu unternehmen.¹⁰⁴⁵

¹⁰³⁸ Vgl. Kapitel 2 C.

¹⁰³⁹ So im Ergebnis wohl auch *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83, 105; allgemein mit anderen Regelungsvorschlägen *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, p. 75, 98 et seq.

¹⁰⁴⁰ Vgl. Kapitel 2 G.

¹⁰⁴¹ Vgl. allgemein Kapitel 2 H.

¹⁰⁴² Vgl. unter vorstehend B. V.; allgemein für unionsrechtliche Weisungsrechte *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 293; *Teichmann*, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 57; allgemein zur Bedeutung der Organisationsverfassung für die Erfolg der SPE *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE, S. 83.

¹⁰⁴³ Vgl. unter vorstehend C. V.

¹⁰⁴⁴ Ebenso *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 290, vgl. aber S. 297 f.; für die SUP *Drygala*, EuZW 2014, 491, 495.

¹⁰⁴⁵ Vgl. unter vorstehend

C. II. 3.; in dieselbe Richtung *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 249 ff., 275 f., 286 f.; sich offenbar mit dem Status Quo abfindend *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 297 f.; *ders.*, in: ders./Schubel/Teichmann/SPE, S. 23, 35.

II. Deutscher Gesetzgeber

1. Unterhält eine SPE ihren Satzungssitz in Deutschland, richtet sich ihre Organisationsverfassung insoweit nach deutschem GmbH-Recht, wie kein abweichendes Satzungsunionsrecht vereinbart wurde. Daher braucht der deutsche Gesetzgeber im SPE-Ausführungsgesetz keine Regelungen zu Weisungen zu treffen. Im Übrigen darf er deutsches Recht wie auch sonst nur zurückhaltend auf den SPE-Konzern anwenden.¹⁰⁴⁶
2. Weil ein uneinheitliches Haftungsregime die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern empfindlich mindert, sollte sich der deutsche Gesetzgeber für die Etablierung unionsrechtlicher Haftungsmaßstäbe in der SPE-VO einsetzen.¹⁰⁴⁷

III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf Weisungsrechte im SPE-Konzern

1. Die SPE-Organisationsverfassung und Weisungsmöglichkeiten stellen einen Dreh- und Angelpunkt für die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern dar. Daher müssen der Unions- und der deutsche Gesetzgeber diesem Punkt eine hohe Priorität einräumen. In den Gesetzgebungsverfahren sollten sie mit viel Bedacht und Weitsicht vorgehen. Den Unternehmen muss es nach klaren und eindeutigen Regelungen möglich sein, die Organisationsverfassung flexibel entweder dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht zu unterstellen.
2. Im Zusammenhang mit der SPE-Organisationsverfassung und Weisungsrechten zeigt sich besonders plastisch, wie ein disparates nationalrechtliches Haftungsregime die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern mindert. Aus diesem Grund sollten der Unions- und der deutsche Gesetzgeber unbedingt ein unionsrechtliches Haftungsregime anstreben.

¹⁰⁴⁶ Vgl. unter vorstehend B. V. sowie Kapitel 4 E. V. und F.

¹⁰⁴⁷ Vgl. unter vorstehend C. II. 3.

Kapitel 6 Unionsrechtliche Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse

A. Inhalt von Eigen- und Konzerninteresse

In der Frage nach der Ausrichtung der SPE auf das eigene oder ein Konzerninteresse liegt die Frage nach dem Gesellschaftszweck der SPE. Der Gesellschaftszweck spiegelt die allgemeinen Ziele der Gesellschaft wider, während der Unternehmensgegenstand die konkreten Mittel für die Erreichung dieser Ziele benennt.¹⁰⁴⁸ Die Einbindung in eine Unternehmensgruppe kann durchaus im Eigeninteresse der Gesellschaft liegen, indem Vorteile der Konzernierung auf die Einzelgesellschaft zurückwirken.¹⁰⁴⁹ *Konzerninteresse* meint nach der hier vertretenen Auffassung dagegen jedes Interesse jenseits des alleinigen Interesses der Tochter-SPE.¹⁰⁵⁰ Das kann erstens das alleinige Interesse der Konzernspitze bzw. eines Gesellschafters sein. Zweitens kann Konzerninteresse das reflexartig über die Interessen anderer Konzernmitglieder oder des Gesamtkonzerns geschützte Interesse der Konzernspitze meinen.¹⁰⁵¹ Drittens kommt als Konzerninteresse ein davon gänzlich zu trennendes Interesse des Gesamtkonzerns in Betracht.¹⁰⁵²

B. Bedeutung der Konzernausrichtung für das Organisations- und Schutzrecht im SPE-Konzern

Ob und inwiefern SPEs im Konzern auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden dürfen, ist der Brennpunkt des SPE-Konzernrechts.¹⁰⁵³ Denn im SPE-Konzern besteht ein Spannungsverhältnis zwischen organisations- und schutzrechtlichen Interessen, die zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen: Während einerseits die Konzernspitze den Gesamtkonzern effizient organisieren und steuern möchte, möchten andererseits die Gläubiger und etwaigen Minderheitsgesellschafter der einzelnen Konzerngesellschaften ihre finanziellen Interessen und ihren Einfluss wahren.¹⁰⁵⁴ Infolge einer Konzernausrichtung berücksichtigt die Gesellschaft nicht mehr lediglich ihre ureigensten Interessen, sondern vielmehr können Konzerninteressen die Eigeninteressen überlagern.¹⁰⁵⁵ Dieser Interessenumbruch¹⁰⁵⁶ gefährdet naturgemäß die Interessen von der Minderheitsgesell-

¹⁰⁴⁸ Vgl. z. B. *Tröger*, Treupflicht, S. 74 f., 136, 224 ff.

¹⁰⁴⁹ Vgl. z. B. *Tröger*, Treupflicht, S. 85 ff., 148

¹⁰⁵⁰ Allgemein *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, p. 75; auf das Definitionserfordernis hinweisend *Drygala*, AG 2013, 198, 204; *Teichmann*, AG 2013, 184, 188.

¹⁰⁵¹ So *Martens*, Mangementstrukturen, S. 161, 163, 165, 170 f., 177; *Servatius*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Konzernrecht Rn. 115 f.; vgl. auch *Kommission*, Aktionsplan 2012, Nr. 4.6 (S. 17).

¹⁰⁵² So *Hoffmann-Becking*, in: FS Hommelhoff, S. 433, 446 m. w. N.; *Cornett*, Treubindung, S. 359 (mit Fn. 81); *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 746; in dieselbe Richtung die EMCA-Gruppe, vgl. *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 217; *ders.*, ECFR-Vortrag, slide 18; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Sec. 16, Comments; vgl. auch *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 289, 291.

¹⁰⁵³ Ebenso *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 289 f.

¹⁰⁵⁴ Vgl. Kapitel 2 C.; allgemein *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 291 f., 293 f.; zum GmbH-Recht: *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anhang 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn. 468.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 2; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 2, 472 ff.; *Wicke*, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 1; relativierend *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 27 f.; ggf. auch *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen/GmbHG, Anh. § 13 Rn. 2.

¹⁰⁵⁶ Vgl. *Hommelhoff/Freytag*, DStR 1996, 1409, 1411, 1413; *Cornett*, Treubindung, S. 196, 238, 289, 343; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S., 335.

schafter und Gläubiger der Konzerngesellschaft.¹⁰⁵⁷ Andererseits ist es für die Effizienz im Konzern elementar, auch Konzerninteressen berücksichtigen zu dürfen.¹⁰⁵⁸ Nur wenn Handlungen nicht stets im Interesse der einzelnen Konzerngesellschaft liegen müssen, können schnell und flexibel Entscheidungen gefällt und die aus der Unternehmensverbindung erwachsenden Vorteile rechtssicher gehoben werden. Das zeigt sich insbesondere auch im Bereich des konzerninternen Finanz- und Liquiditätsmanagements.¹⁰⁵⁹

Dementsprechend ist die Frage nach der Konzernausrichtung der SPE eng mit der Frage nach Weisungsrechten im SPE-Konzern¹⁰⁶⁰ verknüpft, wenngleich die Fragen getrennt voneinander zu beurteilen sind.¹⁰⁶¹ Die Effizienz im SPE-Konzern würde in besonderem Maße erhöht, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden dürfen.¹⁰⁶² Andererseits würden die Interessen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern noch stärker gefährdet, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden dürften und ausgeführt werden müssten. Eine Konzernausrichtung könnte also nur dann zulässig sein, wenn die entstehenden Gefahren und Nachteile dadurch ausgeglichen würden, dass gleichzeitig mit der Konzernausrichtung Schutzinstrumente zugunsten der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger installiert werden.

Durch die Möglichkeit, Konzern-SPEs auf ein Konzerninteresse auszurichten und Weisungen im Konzerninteresse erteilen zu dürfen, würde die transnationale Tätigkeit im SPE-Konzern stark fördern.¹⁰⁶³ Daher ist die Konzernausrichtung von SPEs wesentlich für den *effet utile* der SPE-VO¹⁰⁶⁴ und wird auch im Hinblick auf Alternativprojekte zur SPE lebhaft diskutiert.¹⁰⁶⁵ Die Frage nach einer Konzernausrichtung der SPE ist spiegelbildlich mit der Frage nach einem Eigeninteresse der SPE verbunden.

C. Auslegung des SPE-VOE-HU im Hinblick auf Eigen- bzw. Konzerninteresse

Fraglich ist, welche Anhaltspunkte eine Auslegung des SPE-VOE-HU im Hinblick auf ein Eigen- bzw. Konzerninteresse jenseits des *effet utile* der SPE-VO¹⁰⁶⁶ gibt.

I. Informationsanfragen von Gesellschaftern

Aufschlussreich könnte Art. 29 Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU sein. Danach darf die Geschäftsleitung Informationsanfragen von Gesellschaftern ablehnen, wenn die Informationsgewährung „den Geschäftsinteressen der SPE, einschließlich der Vertraulichkeit ernsthaft abträglich sein könnte“. Die „Geschäftsinteressen“¹⁰⁶⁷ können durchaus

¹⁰⁵⁷ Ebenso *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 206; *id.*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, p. 75.

¹⁰⁵⁸ Ebenso *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 207; *id.*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 84 et seqq.

¹⁰⁵⁹ Vgl. *Habersack*, in: *Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 311 Rn. 47 ff.; *Hommelhoff*, in: *FS Stilz*, S. 287, 297.

¹⁰⁶⁰ Zu Weisungsrechten vgl. ausführlich Kapitel 5.

¹⁰⁶¹ Vgl. Kapitel 5 A., C. II. 2.

¹⁰⁶² Vgl. Kapitel 5 A., C. II. 2.

¹⁰⁶³ Ähnlich *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 207; *Hommelhoff*, in: *FS Stilz*, S. 287, 289 ff., 298; *Teichmann*, in: *Hommelhoff/Schubel/ders./SPE*, S. 39, 57.

¹⁰⁶⁴ Vgl. allgemein Kapitel 2 H.

¹⁰⁶⁵ Zum Aktionsplan 2012 *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 325 et seq.; zur SMC bzw. SUP z. B. *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215 f.; *Drygala*, AG 2013, 198, 203; zum EMCA insbesondere *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Art. 16, Comments.

¹⁰⁶⁶ Vgl. unter soeben B. sowie Kapitel 2 H.

¹⁰⁶⁷ Bzw. „*business interests*“ bzw. „*intérêts commerciaux*“.

als die Ausprägung eines Gesellschaftsinteresses begriffen werden. Damit deutet Art. 29 Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU auf ein unionsrechtliches Eigeninteresse der SPE unabhängig von unionsrechtlichen Satzungsregelungen hin.

In systematischer Auslegung des SPE-VOE-HU weist Art. 49 SE-VO in eine ähnliche Richtung wie Art. 29 Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU, wonach eine Informationsweitergabe „den Interessen der Gesellschaft“¹⁰⁶⁸ nicht schaden darf. In Art. 49 SE-VO spricht der Verordnungsgeber nach allgemeiner Auffassung das Unternehmensinteresse an,¹⁰⁶⁹ das nach umstrittener Ansicht dem Gesellschaftsinteresse gleichbedeutend ist.¹⁰⁷⁰ Auch das in Art. 3 Abs. 1 lit. c Übernehmerichtlinie erwähnte „Interesse der gesamten Gesellschaft“¹⁰⁷¹ meint nach allgemeiner Ansicht das Unternehmens- bzw. Gesellschaftsinteresse.¹⁰⁷² Indem der Unionsgesetzgeber im SPE-VOE-HU von der SE-VO abweichend von „den Geschäftsinteressen“ spricht, könnte er freilich auch bewusst etwas Anderes gemeint haben als „das Unternehmensinteresse“.

Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, Art. 29 Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU spreche das Eigeninteresse der Gesellschaft an, ist der Aussagegehalt gering. Die Vorschrift postuliert allein, dass die Geschäftsinteressen der SPE überhaupt und in Abgrenzung zum Gesellschafterinteresse berücksichtigt werden müssen. Sie enthält sich jeglicher Aussage darüber, welche Ausprägung ein Geschäfts- bzw. Gesellschaftsinteresse der SPE inhaltlich hat oder haben darf. Insbesondere besagt Art. 29 Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU nichts über die Gestaltungsspielräume des Satzungsgebers. Indem die Norm keine Aussage zur Konzernausrichtung trifft, erscheint eine Konzernausrichtung der SPE mit Blick auf Art. 29 Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU vorbehaltlich einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU prinzipiell möglich.

II. Regelungsaufträge

Allerdings könnte eine Auslegung der im SPE-VOE-HU enthaltenen Regelungsaufträge Aufschluss darüber geben, ob und inwiefern SPEs auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden können.

1. Unternehmensgegenstand

Zunächst kommt in Betracht, eine Tochter-SPE durch Gebrauchmachen von dem obligatorischen Regelungsauftrag in Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU auf das Konzerninteresse auszurichten. Dazu müsste der Regelungsauftrag den Gesellschaftszweck der SPE umfassen.

Seinem deutschen Wortlaut nach behandelt Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU „den Unternehmenszweck oder die Geschäftstätigkeit“ der SPE. Mit der ersten Alternative könnte der Gesellschaftszweck der SPE gemeint sein. Allerdings sprechen die englische Fassung vom „business object“ und die französische Fassung vom „objet commercial“ der SPE, was eher mit „Unternehmensgegenstand“ zu übersetzen ist. Vergleicht man die Sprachfassun-

¹⁰⁶⁸ Bzw. „the company's interests“ bzw. „intérêts de la société“.

¹⁰⁶⁹ Vgl. Frodermann, in: Janott/ders., SE-Handbuch, Rn. 265; Schröder, in: Manz/Mayer/ders./SE, Art. 49 Rn. 7.

¹⁰⁷⁰ Zum deutschen Recht vgl. Giedinghagen, in: Michalski/GmbHG, § 52 Rn. 177; ausführlich Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 253 ff.; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 255 ff.

¹⁰⁷¹ Bzw. „the interests of the company as a whole“ bzw. „l'intérêt de la société dans son ensemble“.

¹⁰⁷² Vgl. Schwennicke, in: Geibel/Süßmann/WpÜG, § 3 Rn. 24; Zehetmeier-Müller/Zirngibl in: Geibel/Süßmann/WpÜG, Einl. Rn. 21; Noack/Holzborn, in: Schwark/Zimmer/Kapitalmarktrechts-Kommentar, § 3 WpÜG Rn. 2, 15; Noack/Zetzsche, in: Schwark/Zimmer/Kapitalmarktrechts-Kommentar, Einl. WpÜG Rn. 15 ff.

gen von Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU mit denjenigen des Spezialverweises zu Genehmigungserfordernissen, des Postulats eines grenzüberschreitenden Elements der SPE sowie der Geschäftsleiterbefugnisse,¹⁰⁷³ spricht auch dies dafür, dass lediglich der Unternehmensgegenstand gemeint ist. Unterstrichen wird das Auslegungsergebnis durch den an Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU angelehnten Art. 13 Abs. 1 lit. c SUP-RLE-K, der in der deutschen Fassung ausdrücklich vom „*Unternehmensgegenstand*“ spricht.¹⁰⁷⁴ Folglich kann der Satzungsgeber mithilfe des Regelungsauftrags nicht schlicht festschreiben, die SPE dürfe im Konzerninteresse handeln.

Allerdings könnte man überlegen, in einer Regelung zum Unternehmensgegenstand eine Konzernausrichtung zu verstecken. Denn der Unternehmensgegenstand gibt die Mittel wieder, mit denen der Gesellschaftszweck erreicht werden soll. Dementsprechend könnte eine SPE *faktisch* auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden, indem ihr Unternehmensgegenstand auf den konkreten Konzern zugeschnitten ist. Die vorgeschriebene Tätigkeit der Tochter-SPE könnte beispielsweise derart speziell in das Konzerngefüge eingepasst werden, dass die Tochter-SPE mit eben diesem Unternehmensgegenstand außerhalb der Gruppe am freien Markt so gar nicht oder zumindest nicht ohne weiteres existieren könnte. Solche Tochter-SPEs könnten als *Funktionstochter*, *Konzernmagd* oder *Konzernfunktionärin* bezeichnet werden.¹⁰⁷⁵ Noch stärker könnte die Satzung eine wirtschaftliche Abhängigkeit auch dadurch manifestieren, dass der Unternehmensgegenstand die Tochter-SPE zu einer als solcher nicht überlebensfähigen *Aschenputtel-SPE* macht. Der Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass solche Konzern-Unternehmensgegenstände unzulässig wären.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass sich der obligatorische Regelungsauftrag in Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU nicht ausdrücklich zum Eigeninteresse bzw. zu einer Konzernausrichtung der SPE verhält. Trotzdem kann eine Tochter-SPE vorbehaltlich der weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU mithilfe des Regelungsauftrags in begrenztem Maße auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden. Aus organisationsrechtlicher Perspektive ist der Regelungsauftrag insofern vorteilhaft, als über die Konzernebenen hinweg bzw. auf derselben Konzernebene die Konzernspitze, andere Konzerngesellschaften oder der Gesamtkonzern begünstigt werden können.

2. Gesellschaftersonderrechte

Die Unternehmen könnten auch erwägen, Konzern-SPEs dadurch auf ein Konzerninteresse auszurichten, dass sie von dem obligatorischen Regelungsauftrag in Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU Gebrauch machen. Mit dem Regelungsauftrag eröffnet der Ordnungsgeber die Möglichkeit, Sonderrechte der Gesellschafter unionsrechtlich zu regeln. Inhaltliche Vorgaben für die Sonderrechte trifft der Regelungsauftrag nicht. Demnach kann der Satzungsgeber auch ein Sonderrecht etablieren, wonach die SPE ihr Handeln und Wirtschaften an den Interessen eines Gesellschafters ausrichten darf oder muss. Hierin läge die Ausrichtung auf ein Konzerninteresse.

Vorbehaltlich der weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU ist es also prinzipiell möglich, die SPE mithilfe eines Gesellschaftersonderrechts auf ein Konzerninteresse auszurichten, obwohl der obligatorische Regelungsauf-

¹⁰⁷³ Vgl. Art. 3, Art. 4, Art. 8, Art. 9 sowie Art. 33 bzw. 34 SPE-VOE: *Gegenstände der SPE, Gesellschaftszweck, Unternehmenszweck, Geschäftstätigkeit bzw. Geschäfte, objects of the SPE, corporate object, business object, business object, business activity bzw. business, l'objet de la SPE, objet commercial bzw. objet commercial, l'activité commercial*.

¹⁰⁷⁴ Englisch: „*business object*“; im Französischen allerdings missverständlich „*l'objet social*“; vgl. auch Art. 24 Abs. 2 S. 3 SUP-RLE-K: „*Gegenstand der SUP*“, „*object of the SUP*“, „*l'objet de la SUP*“.

¹⁰⁷⁵ Begriffe nach Hommelhoff, ZGR 1994, 395, 403, 404, 405.

trag in Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU trifft keine spezifische Aussage zum Eigeninteresse bzw. zu einer Konzernausrichtung der SPE trifft. Aus organisationsrechtlicher Perspektive birgt der Regelungsauftrag allerdings insofern Nachteile, als unflexibel lediglich Begünstigungen von Gesellschaftern und keine Begünstigungen über Konzernebenen hinweg bzw. auf derselben Konzernebene möglich sind.

3. Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen

a) Keine Vorentscheidung des Verordnungsgebers

Ein weiterer Hinweis auf die Behandlung des SPE-Gesellschaftsinteresses könnte der fakultative Regelungsauftrag in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 zu *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* sein.¹⁰⁷⁶ Solche Geschäfte bergen typischerweise Konflikte zwischen den Interessen der Gesellschaft und denjenigen der nahestehenden Unternehmen und Personen. Die Unternehmen könnten also erwägen, diesen Konflikt mithilfe einer Satzungsregelung zugunsten der Konzernspitze, bestimmter Konzerngesellschaften oder des Gesamtkonzerns aufzulösen.¹⁰⁷⁷ Fraglich ist aber, ob der Verordnungsgeber mit dem Regelungsauftrag eine Vorentscheidung für oder gegen bestimmte Satzungsregelungsinhalte getroffen hat.

Aufschlussreich könnte eine historische Auslegung des SPE-VOE-HU sein. Seit dem SPE-VOE-SE bezieht sich der Regelungsauftrag global auf *Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen* und meint damit sowohl materiellrechtliche als auch formale Fragen. Innerhalb dieses umfassenden Geltungsbereichs werden die Unternehmen dazu aufgefordert zu regeln, ob solche Geschäfte einem unternehmensinternen Zustimmungserfordernis unterliegen und dadurch die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsleiter beschränkt ist. Hierdurch unterscheidet sich die aktuelle Fassung des Regelungsauftrages deutlich von der vorherigen Fassung, die sich zusätzlich zum internen Genehmigungserfordernis noch auf die Zulässigkeit solcher Geschäfte als solcher bezogen hatte.¹⁰⁷⁸ Im Übrigen sah sich der Verordnungsgeber lediglich bemüht, die Veröffentlichung solcher Geschäfte mit einem Spezialverweis in zuletzt Art. 33 SPE-VOE-CZ dem nationalen Recht zu unterstellen. Nach Streichung der Vorschrift unterliegt die Veröffentlichung erst recht dem nationalen Recht. Folglich ergibt eine historische Auslegung des SPE-VOE-HU, dass der Verordnungsgeber keine Vorentscheidung für oder gegen bestimmte Regelungen von *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* getroffen hat. Außerdem enthält der SPE-VOE-HU nicht die in Art. 5 Abs. 2 SUP-RLE-K vorgenommene Differenzierung des Verordnungsgebers, ob es sich um „im normalen Geschäftsgang unter Marktbedingungen geschlossene Verträge [...], aus denen der [Ei-npersonen-] Gesellschaft keine Nachteile entstehen“,¹⁰⁷⁹ handelt oder nicht. Demnach kommt *prima facie* in Betracht, Konzern-SPEs mithilfe des Regelungsauftrags in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 auf ein Konzerninteresse auszurichten. Fraglich ist allerdings, ob auch eine weitergehende Auslegung des Regelungsauftrags für die Möglichkeit einer Konzernausrichtung spricht.

b) Maßgeblichkeit des Rechnungslegungsstandards IAS 24

In europäisch-autonomer Auslegung des SPE-VOE-HU könnten sich *Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen*

¹⁰⁷⁶ Vgl. auch Hommelhoff, in: FS Stilz, S. 287, 299.

¹⁰⁷⁷ Für Zusammenhänge auch Conac, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, p. 75, 100.

¹⁰⁷⁸ Wohl a. A. auf Basis des SPE-VOE-CZ Meller, Gläubigerschutz, S. 220 ff.

¹⁰⁷⁹ Vgl. aber auch SUP-RLE-K Erwägung 2 (S. 11).

und Personen nach dem jeweils zuletzt endorsierten IAS 24 definieren. Bei dem IAS 24 handelt es sich um einen vom IASB ausgearbeiteten internationalen Rechnungslegungsstandard, auf den sich die Bilanzierungsgesetzgebung bezieht.

Dass der IAS 24 im Rahmen von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 maßgeblich ist, könnte zunächst ein Blick in die Verordnungsgebungshistorie zeigen. Es ist anzunehmen, dass der Regelungsauftrag den Begriff in demselben Sinne verwendet wie der inzwischen gestrichene Art. 32 SPE-VOE-K bzw. Art. 33 SPE-VOE-FR/CZ. Die Vorschriften verwiesen auf die Bilanzrichtlinie und die Konzernbilanzrichtlinie, die ihrerseits direkt bzw. indirekt auf den IAS 24 Bezug nehmen.¹⁰⁸⁰ Auch der Entwurf für eine Einheitliche Bilanz- und Konzernbilanzrichtlinie, die die beiden Richtlinien ersetzen und weiterentwickeln soll, referenziert auf IAS 24.¹⁰⁸¹ Außerdem handelt es sich bei den *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* um einen auf europäischer Ebene feststehenden Begriff, der sich inzwischen von seinen Ursprüngen in der Rechnungslegung gelöst und verallgemeinert hat.¹⁰⁸² Das belegt das *Grünbuch Corporate Governance*, in dem die Kommission den Begriff in einem allgemeingültigen Sinne verwendet und anmerkt, solche Aspekte seien durch die derzeitigen EU-Rechtsvorschriften bereits teilweise abgedeckt, „vor allem aber die Rechnungslegung und die Offenlegung“.¹⁰⁸³ Mithin definieren sich *Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen* nach dem jeweils zuletzt endorsierten IAS 24.¹⁰⁸⁴ Damit ist keine spezifische Aussage zur Konzernausrichtung getroffen, so dass sie auf Grundlage des VOE-HU-Anhang I Nr. 19 vorbehaltlich einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU prinzipiell möglich erscheint.

c) Begriff des Näheverhältnisses

Der Begriff des Näheverhältnisses in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 könnte ebenso wie im Bilanzrecht¹⁰⁸⁵ gemäß IAS 24 sehr weit zu verstehen sein. Nach IAS 24 kann ein *Unternehmen* einer SPE beispielsweise dadurch nahestehen, dass es die SPE beherrscht oder einen maßgeblichen Einfluss auf sie hat, dass umgekehrt die SPE das Unternehmen beherrscht oder einen maßgeblichen Einfluss auf es hat, oder dass es ein Schwesterunternehmen der SPE ist. Eine *Person* kann der SPE z. B. nahestehen, indem sie einen beherrschenden oder maßgeblichen Einfluss auf die SPE hat, oder indem sie im Management der SPE oder der Muttergesellschaft der SPE eine Schlüsselposition bekleidet. Nach dem insoweit anwendbaren *Control-Konzept* liegt ein Beherrschungsverhältnis in der Möglichkeit, den Anderen zu beherrschen.¹⁰⁸⁶ Ein beherrschender Einfluss¹⁰⁸⁷ ist wiederum bei Bestehen der Möglichkeit zu bejahen, sich bei Abstimmungen durchzusetzen. Folglich ist der Begriff des Näheverhältnisses in VOE-HU-

¹⁰⁸⁰ Vgl. Art. 43 Abs. 1 Nr. 7b Bilanzrichtlinie, Art. 41 Konzernbilanzrichtlinie; auf Basis des SPE-VOE-K bzw. SPE-VOE-CZ im Ergebnis ebenso Meller, Gläubigerschutz, S. 220 f.; allgemein z. B. Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 39 f., 42 ff.

¹⁰⁸¹ Vgl. KOM(2011) 684, Begründung (S. 4, 8, 14), Art. 2 Abs. 3, Art. 17 Abs. 1 lit. h, Art. 28 Abs. 1 lit. a; dazu Bayer/Schmidt, BB 2012, 3, 5.

¹⁰⁸² So auch Drygala, AG 2013, 198, 205; in dieselbe Richtung Reflection Group, Bericht, S. 68, 74.

¹⁰⁸³ Vgl. KOM(2011) 164/3, Abschnitt 2.7.2 (S. 19 f.) mit Frage 22.

¹⁰⁸⁴ Im Ergebnis ebenso Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 140 f. (mit Fn. 393, 394); Meller, Gläubigerschutz, S. 220 f.; tendentiell auch Jung, Kapitalverfassung, S. 289 ff., 305, 318.

¹⁰⁸⁵ Vgl. Busack/Scharr, IRZ 2011, 395 ff.; Grottel, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 285 Rn. 363 ff., § 314 Rn. 106 ff.; Pregel/Senger, in: Beck'sches IFRS-HB, § 20 Rn. 6 ff.; Brune, in: Beck'sches IFRS-HB, § 30 Rn. 1 ff.

¹⁰⁸⁶ Mutterunternehmen bzw. parent, Tochterunternehmen bzw. subsidiary; widerlegbar indiziert z. B. durch Stimmrechtsmehrheiten, Bestellungs- und Abberufungsmöglichkeiten oder satzungsmäßige Sonderrechte.

¹⁰⁸⁷ Assoziierte Unternehmen bzw. associates; widerlegbar indiziert z. B. durch einen Stimmrechtsanteil von 20 Prozent oder Mandatsverflechtungen.

Anhang I Nr. 19 wie im Bilanzrecht sehr weit zu verstehen.

Demnach erscheint es vorbehaltlich einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU prinzipiell möglich, aufgrund des Regelungsauftrags Satzungsregelungen zu Geschäften mit der Konzernspitze, bestimmten Konzerngesellschaften bzw. dem Gesamtkonzern zu treffen.

d) Geschäftsbegriff

Fraglich ist, ob der Begriff der *Geschäfte* in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 ebenso zu verstehen ist wie derjenige in IAS 24. Die Bilanzberichterstattung erfolgt naturgemäß aus einer *ex post*-Sicht, die verwirklichte Sachverhalte kennt und einordnen kann.¹⁰⁸⁸ Demgegenüber müssen der Regelungsauftrag und auf ihm beruhende Satzungsklauseln grundsätzlich aus einer *ex ante*-Sicht beurteilt werden. Aus dieser Perspektive kommt es im wahrsten Sinne des Wortes darauf an, dass der Umfang des Regelungsauftrags *vorhersehbar* ist. Dazu muss er ohne verkomplizierende Differenzierungen möglichst weit verstanden werden. Nur so können Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden, und kann im Interesse der Unternehmen sowie ihrer Gesellschafter und Gläubiger ein praktikabler und rechtssicherer Umgang mit dem Regelungsauftrag sichergestellt werden.

Aus diesem Grund kommt in Betracht, den aus dem IAS 24 bekannten Geschäftsbegriff in zweierlei Hinsicht zu modifizieren. Erstens muss der Geschäftsbegriff alle denkbaren einmaligen oder auf Dauer angelegten Rechtsverhältnisse umfassen sowie alle zweckbestimmten, sich möglicherweise auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage auswirkenden wirtschaftlichen Handlungen in- und außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit.¹⁰⁸⁹ Rechtsunsicher und damit abzulehnen ist die dem Bilanzrecht¹⁰⁹⁰ eigene Differenzierung nach bestimmten Arten oder Auswirkungen der Geschäfte, wie z. B. nach der Fremdvergleichbarkeit oder Wesentlichkeit. Aus demselben Grund ist der Geschäftsbegriff auch nicht auf Geschäftsvorfälle im Rahmen klassischer Verkehrsgeschäfte zu beschränken. Es kommt nicht darauf an, dass der IAS 24 so verstanden werden könnte, dass er trotz seines Abstellens auf den *wirtschaftlichen* Gehalt der Beziehung nur Verkehrsgeschäfte bzw. *intercompany agreements*, *intercompany loans* und *intercompany securities* der Gesellschaft meint.¹⁰⁹¹

Zweitens muss der Geschäftsbegriff in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 möglicherweise abweichend vom Bilanzrecht¹⁰⁹² auch *unterlassene* Geschäfte beinhalten. Der Regelungsauftrag hat den Schutz von Außenseitern und damit reflexartig der Gesellschaft im Blick, indem er auf die Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft abstellt. Solche Auswirkungen kann aber sowohl die Vornahme als auch die Nichtvornahme einer Maßnahme haben. Abgrenzungsschwierigkeiten sind insbesondere dann vorprogrammiert, wenn es in komplexen Fallgestaltungen zu Mischsachverhalten kommt. Unter Schutzgesichtspunkten wäre es nicht zu erklären, warum Handlungen und Unterlassungen unterschiedlich behandelt werden sollten. Vor dem Hintergrund

¹⁰⁸⁸ Vgl. auch *Grottel*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 285 Rn. 377 ff.

¹⁰⁸⁹ Vgl. *Grottel*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 285 Rn. 370 ff.

¹⁰⁹⁰ Vgl. IAS 24 Rn. 5 f.; vgl. auch die zusammenfassenden Erläuterungen zu IAS 24; §§ 285 Nr. 21, 314 Abs. 1 Nr. 13 HGB; secc. 398 et seq. CA 2006.

¹⁰⁹¹ Vgl. IAS 24 Rn. 9 Abs. 2, Rn. 10; vgl. auch die zusammenfassenden Erläuterungen zu IAS 24; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 94, 98.

¹⁰⁹² Zur h. M. in Deutschland vgl. BilMoG-RegE Begründung S. 158; IDW RS HFA 33 Nr. 6; a. A. *Niehus*, DStR 2008, 2280, 2282.

des *effet utile*¹⁰⁹³ kann der Verordnungsgeber nicht gewollt haben, dass ein- und dasselbe Verhalten möglicherweise sowohl nach Unions- als auch nach nationalem Recht beurteilt wird. Mithin muss der Geschäftsbegriff in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 abweichend vom Bilanzrecht¹⁰⁹⁴ auch *unterlassene* Geschäfte beinhalten. Der aus dem IAS 24 bekannte Geschäftsbegriff ist mithin in zweierlei Hinsicht zu modifizieren.

Der Begriff der *Geschäfte* in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 ist also sehr weitgehend, weil er in teleologischer Auslegung des Regelungsauftrages sogar noch weiter zu verstehen ist als sein ohnehin sehr weites Pendant in der Rechnungslegung. Vorbehaltlich einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU erscheint es weiterhin prinzipiell möglich, eine Tochter-SPE mithilfe des Regelungsauftrags auf ein Konzerninteresse auszurichten.

e) Abgrenzung zum Kapitalschutzregime

Der Regelungsauftrag zu Geschäften mit *nahestehenden Unternehmen und Personen* muss gegenüber den Kapitalschutzregelungen im Allgemeinen und der *financial assistance* im Besonderen abgegrenzt werden.¹⁰⁹⁵ So ist unter deutschen Aktienrechtlern das Verhältnis von § 71a AktG zu den Regelungen des Hin- und Herzählens in § 27 Abs. 4 AktG, zur Kapitalerhaltung in § 57 AktG und zum faktischen Konzern in §§ 311, 317 AktG nicht zuletzt infolge des ARUG nach wie vor umstritten.¹⁰⁹⁶ Das unionsrechtliche Kapitalschutzsystem besteht möglicherweise aus einer Kombination aus Unions- und nationalem Recht. Allerdings sieht der Verordnungsgeber für die *financial assistance* keinen Regelungsauftrag mehr vor,¹⁰⁹⁷ unterstellt sie also möglicherweise dem nationalen Recht.¹⁰⁹⁸ Geschäfte mit *nahestehenden Unternehmen und Personen* richten sich dagegen wegen des Regelungsauftrags entweder nach Unions- oder nationalem Recht.

Allerdings besagen Kriterien des Kapitalschutzes bzw. der *financial assistance* nichts über die allgemeine Frage nach den Eigeninteressen bzw. einer Konzernausrichtung einer Gesellschaft. Folglich kommt für die Beantwortung dieser Fragen nicht auf die Abgrenzung des Regelungsauftrags in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 zum Kapitalschutzregime an.

f) Zwischenfazit: Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen

Indem SPE-VOE-HU-Anhang I Nr. 19 keine spezifische Aussage zur Konzernausrichtung trifft, ist eine Konzernausrichtung auf Grundlage des Regelungsauftrags vorbehaltlich einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU prinzipiell möglich.¹⁰⁹⁹ Der sehr weit gefasste Regelungsauftrag behandelt Fragen des Gesellschaftsinteresses, ohne selbst inhaltlich Stellung zu beziehen.

Der wesentliche Vorteil einer Gestaltung auf Basis dieses Regelungsauftrags besteht darin, dass die Regelung

¹⁰⁹³ Vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

¹⁰⁹⁴ Zur h. M. in Deutschland vgl. BilMoG-RegE Begründung S. 158; IDW RS HFA 33 Nr. 6; a. A. Niehus, DStR 2008, 2280, 2282.

¹⁰⁹⁵ Vgl. auch Jung, Kapitalverfassung, S. 287 ff., 292 ff., 294 ff., 317 ff.

¹⁰⁹⁶ Vgl. Herrler/Reymann, DNotZ 2009, 914, 928 ff.; Nodoushani, NZG 2008, 291, 292; Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 148, 158 ff.; Lange, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 71a AktG Rn. 2; Habersack, AG 2009, 557, 561 ff.; Schneider, NZG 2007, 891 f.; Bayer/Lieder, NZG 2010, 86, 91 ff.

¹⁰⁹⁷ Anders noch VOE-K-Anhang I.

¹⁰⁹⁸ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12).

¹⁰⁹⁹ Vgl. aber auch Jung, Kapitalverfassung, S. 291 f., 306 f.

Konzern Ebenen „überspringen“ bzw. auf ein- und derselben Konzern Ebene getroffen werden kann. Die betreffenden Unternehmen und Personen müssen nicht zwingend als Gesellschafter an der SPE beteiligt sein. Dabei erscheint es im SPE-Konzern sinnvoll, *Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen* in der Satzung einer jeden an solchen Geschäften möglicherweise beteiligten Konzerngesellschaft zu treffen – also auch in der Satzung der konzernleitenden SPE. In der Praxis besonders häufige Anwendungsfälle dürften die Vergabe und Entgegennahme konzerninterner Darlehen sowie die Teilnahme an einem *cash pooling*-System sein.

4. Zwischenfazit: Konzernausrichtung prinzipiell möglich

Vorbehaltlich der weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU ist es prinzipiell möglich, SPEs durch Nutzung der Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 auf ein Konzerninteresse auszurichten. Denn die Regelungsaufträge treffen keine spezifische Aussage zu Eigen- oder Konzerninteressen. Machen die Unternehmen von einem oder mehreren dieser Regelungsaufträge Gebrauch, sperrt unionsweit einheitliches Satzungsrecht das nationale Recht gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU aus. Trifft der Satzungsgeber indes keine Regelungen, bestimmen sich die Fragen um das Eigen- bzw. Konzerninteresse gemäß Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU nach dem Recht des jeweiligen Sitzungssitzstaates.

III. Geschäftsführerplichten

Aufschlussreich könnte noch ein Blick in die wechselvolle Entstehungsgeschichte der Verordnungsbestimmungen zu den Rechten und Pflichten der Geschäftsleiter sein. Seit dem SPE-VOE-SE stellt Erwägung 14a *„angesichts der Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen in Bezug auf [...] die allgemeinen Pflichten und die Haftung der Geschäftsführer“* diese Fragen dem nationalen Recht anheim. Hiermit könnten auch die aus dem Gesellschaftszweck der SPE folgenden Pflichten der Geschäftsleiter gemeint sein.

Die Empfehlungen des Parlaments aus dem Jahr 2006 hatten sich noch mit an der *Rozenblum*-Doktrin orientierten Vorschlägen einem Gruppeninteresse gegenüber aufgeschlossen gezeigt.¹¹⁰⁰ Der SPE-VOE-K griff diesen Gedanken nicht auf, ließ sich aber in Richtung eines disponiblen Vorrangs des Gesellschaftsinteresses interpretieren. Für die Existenz und den grundsätzlichen Vorrang eines Eigeninteresses der SPE sprach zunächst der mit *„Allgemeine Pflichten und allgemeine Verantwortung von Mitgliedern der Unternehmensleitung“* betitelte Art. 31 Abs. 1 S. 2 SPE-VOE-K, der der Geschäftsleitung ein Handeln im *bestmöglichen Interesse der SPE*¹¹⁰¹ abverlangte. Diese Regelung konnte als Festschreibung einer Pflicht zum Handeln zum Wohle der Gesellschaft¹¹⁰² verstanden werden, sofern man nicht von einer bloßen Festschreibung einer Innenhaftung gegenüber der Ge-

¹¹⁰⁰ Vgl. *Parlamentsbericht 2006*, Empfehlung 7 (S. 10).

¹¹⁰¹ Bzw. *„act in the best interest of the SPE“* und *„au mieux les intérêts de la SPE“*.

¹¹⁰² Mit einer im englischen Rechtskreis gängigen Formulierung bzw. im Sinne einer ursprünglich im US-amerikanischen Rechtskreis bekannten *business judgement rule*; in diesem Sinne *deErice/Gaude*, DStR 2009, 857, 861; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 207; *Martens*, Managementstrukturen, S. 36, 69 f., 71 ff., 87, 132, 142, 165, 169 f. (mit Fn. 1187), 177; *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 252, 260; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 253 ff., 257 ff., 264 ff.; zur Geltung der *business judgement rule* im SUP-Konzern *Drygala*, AG 2013, 198, 203; allgemein im Konzern *Teichmann*, AG 2013, 184, 196 f.; ähnlich *Ekkenga*, AG 2013, 181, 183; *Cornett*, Treubindung, S. 362 ff., 468 ff.; im GmbH-Recht *Haas/Ziemons*, in: Michalski/GmbHG, § 43 Rn. 68 ff.; *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, § 43 Rn. 80 ff.; zur Geltung der *business judgement rule* im Recht der Limited *Witt*, ZGR 2009, 872, 896 (mit Fn. 118); *Doralt*, Managerpflichten, Einl. Rn. 10, sec. 173 Rn. 1; allgemein *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 54; allgemein zum Handeln *„in the best interest“* der Limited *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 16.6.4 (pp. 488 et seq.), 16.6.5 (p. 489); *von Thunen*, Directors' Duty, S. 128 ff.

sellschaft ausging.¹¹⁰³ Als ein durch Satzungsregelung abänderbarer grundsätzlicher Vorrang des Gesellschaftsinteresses konnte außerdem Art. 31 Abs. 3 SPE-VOE-K verstanden werden, der Interessenkonflikte von Geschäftsleitern nur bei Gebrauch des Satzungsregelauftrags in VOE-K-Anhang I Spiegelstrich 38 erlaubte.¹¹⁰⁴ Eine schwierig zu beantwortende Anschlussfrage wäre die Frage nach den weitergehenden Anforderungen an die Begründung, Formulierung und Durchführung einer solchen Konzernierungsklausel gewesen.¹¹⁰⁵

Der SPE-VOE-CZ allerdings änderte die Situation grundlegend und war in Richtung eines zwingenden Vorrangs des Gesellschaftsinteresses auszulegen. Denn Art. 32 SPE-VOE-CZ wurde gegenüber dem SPE-VOE-K und SPE-VOE-FR vollständig neu gefasst. Nach Art. 32 lit. a SPE-VOE-CZ stand ein Geschäftsführer der SPE gegenüber in der Pflicht in derjenigen Weise zu handeln, von der er in gutem Glauben annimmt, dass sie den Erfolg der SPE zugunsten ihrer Gesellschaftergesamtheit am ehesten fördert.¹¹⁰⁶ Mit seiner Anlehnung an secc. 170 (1), 172 (1), 174 (1) CA 2006 wies Art. 32 SPE-VOE-CZ darauf hin, dass der Verordnungsgeber ähnlich wie das englische Recht das Gesellschaftsinteresse zwar an der Satzung anknüpfte, aber einer Ausrichtung auf ein Konzerninteresse skeptisch gegenüberstand.¹¹⁰⁷ Der Regelauftrag zur Zulassung von Interessenkonflikten durch Satzungsregelung war bereits durch den SPE-VOE-FR gestrichen worden.¹¹⁰⁸ Diese Streichung war spätestens in Zusammenchau mit der Neuformulierung des Art. 32 SPE-VOE-CZ dahin zu verstehen, dass ein etwaiges Handeln im Konzerninteresse nicht mehr zur Disposition des Satzungsgebers stehen, sondern sich allein nach Art. 32 SPE-VOE-CZ richten sollte.

Seit dem SPE-VOE-SE ist auch Art. 32 vollständig gestrichen, womit offenbar einem bereits im Zusammenhang mit dem SPE-VOE-CZ geäußerten Wunsch mancher Mitgliedstaaten entsprochen wurde.¹¹⁰⁹ Die seit dem SPE-VOE-SE enthaltene Erwägung 14a nimmt vom Wortlaut her deutlich auf den gestrichenen Art. 32 Bezug und verweist die ehemals dort geregelten Fragen mangels Einigungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten in das nationale Recht. In der Tat bieten die Rechte der Mitgliedstaaten ein disparates Bild, selbst wenn die Lösungswege im Ergebnis zumeist auf einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Konzerninteresse auf der einen und vor allem den Gesellschafts- bzw. Gläubigerinteressen auf der anderen Seite abstellen.¹¹¹⁰ Damit ist das Spielfeld zu-

¹¹⁰³ Im letztgenannten Sinne die Begründung zum SPE-VOE-K (Kapitel V: Aufbau der SPE) S. 10; vgl. auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 160.

¹¹⁰⁴ So *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 909; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 295; *Salomon*, Regelaufträge, S. 47; *Latorre*, in: ECFR-Special 2013, pp. 243, 252, 260; zusätzlich auf Art. 26 Abs. 1 SPE-VOE-K abstellend und von einem allgemeinen Recht zur Erteilung nachteiliger Weisungen ausgehend *Martens*, Managementstrukturen, S. 68, 70, 73 (mit Fn. 562), 78 (mit Fn. 600), 164 ff., 167, 169, 171, 238 f.; allgemein *Meller*, Gläubigerschutz, S. 217 ff.

¹¹⁰⁵ Zu verschiedentlichen Anforderungen an die Ausrichtung auf das Konzerninteresse jenseits der SPE z. B. *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59 ff.; *Cognac*, Positionspapier, S. 1 ff.; zum deutschen Recht *Habersack*, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 9, 41, 57a, Anhang zu § 317 Rn. 12; Anhang zu § 318 Rn. 9, 22 f., 34, 42; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anhang § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn. 468; *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, Kap. E Rn. 315 f. und 428 ff.; *Kropff*, in: FS Semler, 517, 532 ff.; *Drygala/Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch/GmbH-Geschäftsführung, § 42 Rn. 49; *Hommelhoff*, ZGR 1994, 395, 404; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, § 311 Rn. 194 ff., 293 ff.; *Hommelhoff*, ZGR 1994, 395, 404; zum englischen Recht *Hannigan*, Company Law, mn. 3-52, 9-17.

¹¹⁰⁶ Vgl. auch die Ähnlichkeit zwischen Art. 32 lit. b SPE-VOE-CZ und sec. 174 (1) CA 2006.

¹¹⁰⁷ Zum englischen Recht *Doralt*, Managerpflichten, sec. 172 Rn. 1 ff., 15; *Pläster*, Treuepflicht, S. 163 f., 166 f., 200 f., 207, 239, 289 m. w. N.

¹¹⁰⁸ Unklar auf Basis des SPE-VOE-HU *Martens*, Managementstrukturen, S. 239.

¹¹⁰⁹ Vgl. Fn. 59 zu Art. 32 SPE-VOE-CZ: „DELETED prefer the deletion of this Article.“

¹¹¹⁰ Vgl. überblicksartig *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59 ff.; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 704 ff.

gunsten einer möglichen Geltung bzw. Installierung des Konzerninteresses wieder eröffnet. Anders als nach dem SPE-VOE-K ist es aber nunmehr das nationale Recht, das durch die Satzung abgedungen wird.¹¹¹¹

Vor diesem Hintergrund ist die heutige, seit dem SPE-VOE-SE vorhandene Fassung des Verordnungsentwurfs dahingehend zu verstehen, dass sich die Fragen rund um den Gesellschaftszweck der SPE vorbehaltlich des Unionsrechts nach dem jeweiligen nationalen Recht richten. Allerdings gibt die Entwurfshistorie zu den Geschäftsleiterpflichten keine Auskunft darüber, über welchen Mechanismus das nationale Recht nunmehr Anwendung finden soll. Sieht man die Fragen um das Eigen- bzw. Konzerninteresse von Regelungsaufträgen umfasst, gilt mitgliedstaatliches Recht gemäß Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU, sofern die Unternehmen kein Satzungsunionsrecht schaffen. Sieht man die Materie nicht als Gegenstand von Regelungsaufträgen, gilt mitgliedstaatliches Recht gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU, ohne dass dem Satzungsgeber ein Gestaltungsspielraum offensteht. Mit Blick auf die Entwurfshistorie zu den Geschäftsleiterpflichten ist nicht klar, welchen Weg der Unionsgesetzgeber einschlagen wollte.

IV. Zwischenfazit: Geltung des nationalen Rechts entweder nach Art. 8 Abs. 1a S. 2 oder Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU

Legt man den SPE-VOE-HU jenseits des *effet utile* der SPE-VO¹¹¹² aus, ergibt sich vorbehaltlich einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU, dass der Verordnungsgeber keine spezifischen Aussagen zum Eigen- bzw. Konzerninteresse trifft. Mit Blick auf die Geheimhaltungsvorschrift des Art. 29 Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU erscheint eine Konzernausrichtung prinzipiell möglich. Die Historie des SPE-VOE-HU spricht indes dafür, dass sich die Fragen rund um den Gesellschaftszweck der SPE vorbehaltlich des Unionsrechts nach dem jeweiligen nationalen Recht richten. Freilich gibt die Entwurfshistorie zu den Geschäftsleiterpflichten keine Auskunft darüber, ob das nationale Recht nunmehr über Art. 4 Abs. 2 oder Abs. 3 SPE-VOE-HU Anwendung finden soll.

Allerdings spricht vorbehaltlich einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU nichts dagegen, SPEs durch Nutzung der Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 auf ein Konzerninteresse auszurichten. Das deutet darauf hin, dass nationales Recht nach dem Willen des Unionsgesetzgebers gemäß Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU gilt. Machen die Unternehmen dagegen von einem oder mehreren der betreffenden Regelungsaufträge Gebrauch, sperrt unionsweit einheitliches Satzungsrecht das nationale Recht gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU aus. Indem der Verordnungsgeber die Gestaltungsfreiheit des Satzungsgebers als wesentliches Mittel zur Erreichung eines unionsweit einheitlichen SPE-Konzerns nutzt, verwirklicht diese Auslegung der Regelungsaufträge im Hinblick auf ein Eigen- bzw. Konzerninteresse den *effet utile* der SPE-VO.¹¹¹³ Demnach sprechen die besseren Gründe dafür, von einer Geltung des nationalen Rechts über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU auszugehen. SPEs können durch Nutzung der Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden.¹¹¹⁴

¹¹¹¹ Unklar auf Basis des SPE-VOE-HU *Martens*, Managementstrukturen, S. 165, 239.

¹¹¹² Vgl. soeben B. sowie Kapitel 2 H.

¹¹¹³ Vgl. Kapitel 2 H., Kapitel 3 A. I. 3.; mit einem ähnlichen Gedankengang auf Basis des SPE-VOE-K *Martens*, Managementstrukturen, S. 165, 239.

¹¹¹⁴ Wohl in diese Richtung *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 290.

Um abschließend zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Konzernausrichtung zulässig ist, bedarf es allerdings einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU.

D. Instrumente eines Minderheiten- und Gläubigerschutzes

I. Erforderlichkeit von Schutzinstrumenten

Können SPEs mittels Satzungsregelung unionsweit einheitlich auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden, fördert dies den *effet utile* der SPE-VO.¹¹¹⁵ Die Konzernspitze bzw. der Satzungsgeber haben ein Interesse daran, durch möglichst allgemein gehaltene Satzungsklauseln ein höchstes Maß an Praktikabilität und Flexibilität für die Konzernorganisation und -steuerung zu erreichen. Allerdings ist zu bedenken, dass die hierdurch begünstigten Organisationsinteressen in einem Spannungsverhältnis zu den Schutzinteressen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern stehen.¹¹¹⁶ Die Minderheitsgesellschafter und Gläubiger möchten nicht, dass ihre Ansprüche und Einflussmöglichkeiten durch eine Konzernausrichtung gemindert werden. Außerdem haben sie ebenso wie die Geschäftsleiter der Tochter-SPEs ein Interesse daran, die Auswirkungen einer etwaigen Konzernausrichtung bestimmen und vorhersehen zu können. Eine Konzernausrichtung ist also nicht möglich, ohne dass der Widerstreit zwischen den organisations- und schutzrechtlichen Interessen im SPE-Konzern angemessen aufgelöst wird.¹¹¹⁷ Die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit¹¹¹⁸ wird dem Satzungsgeber nur vorbehaltlich eines angemessenen Minderheiten- und Gläubigerschutzes gewährt.¹¹¹⁹ Hierdurch wird dem Satzungsgeber seine Gestaltungsfreiheit nicht abgespenst gemacht, sondern lediglich in eine den Grundsätzen des Unionsrechts entsprechende Richtung gelenkt.¹¹²⁰ Dadurch wird der *effet utile* der SPE-VO weiterhin gefördert.

Fraglich ist also, vorbehaltlich welcher expliziten oder unionsrechtsimmanenten Schranken der Verordnungsgeber den Unternehmen die Gestaltungsfreiheit zur Konzernausrichtung gewähren könnte.¹¹²¹ Möglicherweise enthält bereits das Verordnungsunionsrecht solche Schranken. Der Satzungsgeber könnte aber auch gezwungen sein, beim Gebrauchmachen der Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 gleichzeitig angemessene Schutzinstrumente zu installieren. Können die Unternehmen Konzernausrichtungen nur mithilfe von Schutzinstrumenten erreichen, haben auch die Unternehmen ein Interesse an der Installierung von Schutzinstrumenten. Alternativ zu unionsrechtlichen Schutzinstrumenten kommt in Betracht, dass nationalrechtliche Schutzinstrumente das Satzungsunionsrecht ergänzen. Dies würde freilich die Verwirklichung des *effet utile* der SPE-VO empfindlich stören, so dass *prima facie* bessere Argumente für unionsrechtliche Schutzinstrumente sprechen.

Wer sich über die Erforderlichkeit von Schutzinstrumenten Gedanken macht, muss umgekehrt aber auch überlegen, wann Schutzinstrumente entbehrlich sind. Die auf Minderheitsgesellschafter ausgerichteten Schutzinstru-

¹¹¹⁵ Vgl. Kapitel 2 H.; ähnlich *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 207; *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 291.

¹¹¹⁶ Vgl. unter vorstehend sowie Kapitel 2 C.

¹¹¹⁷ Vgl. allgemein Kapitel 2 C.

¹¹¹⁸ Vgl. Kapitel 3 B. III.

¹¹¹⁹ Ähnlich *Jung*, Kapitalverfassung, S. 75 f.

¹¹²⁰ Vgl. auch Kapitel 3 B. III.

¹¹²¹ Für unionsrechtliche Konzernausrichtung vorbehaltlich Schranken auch *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 291 f., 299; ebenso, aber wohl Minderheitenschutz nicht als erforderlich ansehend *ders.*, in: *ders./Schubel/Teichmann/SPE*, S. 23, 28; *Conac*, in: *Birkmose/Neville/Sørensen/BoD*, p. 75.

mente können also möglicherweise entfallen, wenn entweder die Minderheitsgesellschafter auf sie verzichten, oder wenn es sich bei der SPE um eine Einpersonengesellschaft handelt.

II. Schutzinstrumente auf Basis des SPE-VOE-HU

Fraglich ist also, welche Schutzinstrumente auf Basis des SPE-VOE-HU bestehen und wie der durch sie gewährte Schutzstandard zu bewerten ist.

1. Gesellschafterbeschluss

Zunächst könnten die Interessen etwaiger Minderheitsgesellschafter dadurch geschützt werden, dass ein Gesellschafterbeschluss mit bestimmten Schwellen für eine Beschlussfähigkeit und -mehrheit gefasst werden muss. Soll eine Tochter-SPE mithilfe eines Regelungsauftrags auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden, muss die Gesellschafterversammlung der Tochter-SPE eine entsprechende Satzungsklausel beschließen. In der Literatur wird teilweise überlegt, für besonders einschneidende Maßnahmen – eine solche würde die Konzernausrichtung darstellen – von einer ungeschriebenen Beschlusskompetenz auszugehen.¹¹²² Wird die SPE allerdings mithilfe einer Satzungsklausel auf ein Konzerninteresse ausgerichtet, muss die Gesellschafterversammlung ohnehin beschließen und entfällt der Begründungsaufwand für eine ungeschriebene Beschlusskompetenz.

Indem der SPE-VOE-HU keine speziellen Regelungen für Konzernierungsklauseln vorsieht, bedürfen Konzernierungsklauseln wie andere Satzungsklauseln auch eines beurkundeten Gesellschafterversammlungsbeschlusses mit mindestens Zweidrittelmehrheit, sofern die Satzung nicht nach VOE-HU-Anhang I Nr. 10 eine höhere Schwelle festlegt, oder sofern die SPE nicht sogleich konzerniert gegründet wird.¹¹²³ Sofern die Satzung nicht nach VOE-HU-Anhang I Nr. 10 besondere Regelungen zur Beschlussfähigkeit trifft, ist die Gesellschafterversammlung nach Art. 28 Abs. 2 SPE-VOE-HU bei Anwesenheit von zwei Dritteln des Kapitals beschlussfähig.

Die Schwellen für die Beschlussfähigkeit und -mehrheit könnten allerdings ausnahmsweise nach einem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot höher liegen. Ein solcher Grundsatz besagt, dass eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Gesellschafter verboten und angreifbar ist, wenn nicht der betroffene Gesellschafter der Maßnahme zustimmt.¹¹²⁴ Inzwischen darf als gesichert gelten, dass es einen allgemeinen, ungeschriebenen unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter gibt.¹¹²⁵ Auf dieser Linie liegt der Verordnungsgeber mit SPE-VOE-HU Erwägung 13, mit der er zu erkennen gibt, dass er von der Existenz und der Anwendung eines ungeschriebenen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die SPE

¹¹²² Vgl. Einleitungssatz von Art. 28 Abs. 1 – „*mindestens*“ bzw. „*at least*“ bzw. „*au moins*“; Art. 14 Abs. 3, Art. 21 Abs. 4, Art. 24 Abs. 1, Art. 37 Abs. 2, Art. 41 Abs. 1 lit. b, jeweils SPE-VOE-HU; für solche Beschlusskompetenzen *Culmann*, SPE in der Krise, S. 114; eingeschränkt auch *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 217 ff.; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 100, 155; vgl. auch generell *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 113; restriktiver *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 217 ff.; a. A. bei der SE *Teichmann*, GPR 2010, 85, 88; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 100, 155; vgl. auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 307 ff., 325 ff.

¹¹²³ Vgl. Art. 28 Abs. 1 lit. o, Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 3 SPE-VOE-HU i. V. m. § 2 Abs. 1 bzw. § 53 Abs. 2 GmbHG.

¹¹²⁴ Zum deutschen Recht z. B. *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 24, § 53 Rn. 17.

¹¹²⁵ Ebenso *Jung*, EuZW 2012, 129, 133; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 71; *Pläster*, Treuepflicht, S. 119 ff.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 103; im Ergebnis auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 92, 253; ggf. auch Enger wohl *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 313; allgemein *Veil*, in: FS Priester, S. 799, 812 f.; zum EMCA-Konzept *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 1 Sec. 9.

ausgeht.¹¹²⁶ Außerdem spiegelt sich ein unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz in diversen Regelungen in den SPE-VO-Entwürfen und anderen unionsrechtlichen Rechtstexten wider, und zwar entweder allgemein oder speziell im Hinblick auf Informationen, Anteilsklassen, Gewinn- und Verlustverteilung, Bezugsrechte und Hauptversammlungen.¹¹²⁷ Die Gleichbehandlung der Gesellschafter wird gestört, wenn nur einer von ihnen unmittelbar oder mittelbar von einer Satzungsklausel profitiert. Sollen also die Interessen einer SPE auf einen Gesellschafter bzw. eine dahinterstehende Konzernspitze ausgerichtet werden, müssen der Konzernierungsklausel sämtliche SPE-Gesellschafter zustimmen. In diesem Fall liegen die Schwellen für die Beschlussfähigkeit und -mehrheit ausnahmsweise nach dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot höher als in Art. 28 SPE-VOE-HU und ggf. der Satzung allgemein geregelt.

2. Informationspflichten

Die Interessen der Gläubiger und etwaiger Minderheitsgesellschafter könnten durch bestimmte Informationspflichten geschützt werden. Vor Fassung des Satzungsänderungsbeschlusses sind die Beschlussdokumente nach den allgemeinen Regelungen des SPE-VOE-HU den Gesellschaftern zuzuleiten.¹¹²⁸ Darüber hinaus bestehen keine Berichtspflichten.

3. Publizität und Registerkontrolle

Der Minoritäten- und Gläubigerschutz könnte außerdem über Pflichten zu einer Publizität und Registerkontrolle der Konzernierungsklausel sichergestellt sein.

Indem der SPE-VOE-HU keine speziellen Regelungen für Konzernierungsklauseln vorsieht, unterliegen Konzernierungsklauseln demselben Regime wie andere Satzungsklauseln auch. Demnach ist der Beschluss über die Einführung einer Konzernierungsklausel zunächst wie andere Satzungsänderungsbeschlüsse zu veröffentlichen.¹¹²⁹ Werden die Gesellschaften sogleich konzerniert gegründet, ist die Vorabveröffentlichung freilich entbehrlich, weil ohnehin sämtliche Gesellschafter mitwirken und noch keine Gläubiger vorhanden sind. Ist die Veröffentlichung bzw. der Gründungsbeschluss erfolgt, muss der Konzernierungsbeschluss wie andere Satzungsänderungsbeschlüsse auch bei den zuständigen Registerbehörden zur Registereintragung eingereicht und zur Eintragung angemeldet werden.¹¹³⁰ Nach Prüfung durch die Registerbehörde werden die Satzungsänderungen kraft Eintragung wirksam.¹¹³¹ Zusätzlich veröffentlichen die Registerbehörden die eingetragenen Tatsachen und sind die eingereichten Dokumente in den Registerportalen abrufbar.¹¹³² Allerdings erfolgt die Eintragung ohne gesonderten Hinweis auf die Konzernausrichtung, und wird die Konzernierungsklausel auch nicht gesondert veröffentlicht.

¹¹²⁶ So auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 304, 349; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 177 ff.

¹¹²⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 2, 29 Abs. 2 S. 2 SPE-VOE-HU; Art. 24 Abs. 8 SPE-VOE-CZ; Art. 21 Abs. 1 und 2 EWIV-VO; Erwägung 7, Art. 4 Abs. 1 und 3 SCE-VO Art. 29 Kapital-Richtlinie; Art. 42 i. V. m. Erwägung 5 Kapital-Richtlinie; Art. 4 Aktionärsrechte-Richtlinie; Art. 17 Abs. 1 Transparenz-Richtlinie; Art. 3 Abs. 1 lit. a, Art. 5 Übernahmerichtlinie; zur Heranziehung anderer Gesetzgebungsakte vgl. Kapitel 2 F. I. 2. d).

¹¹²⁸ Vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 SPE-VOE-HU.

¹¹²⁹ Vgl. Artt. 11 Abs. 1, 28 Abs. 6 SPE-VOE-HU.

¹¹³⁰ Vgl. Art. 9 Abs. 1 SPE-VOE-HU.

¹¹³¹ Vgl. Art. 9 Abs. 2 litt. b und i, Abs. 3 und Abs. 4, Art. 9a Abs. 2, Art. 10 Abs. 1 und 4 SPE-VOE-HU.

¹¹³² Vgl. Art. 9 Abs. 6, Art. 9a Abs. 3, die Publizitätsrichtlinie und die entsprechenden nationalen Umsetzungsgesetze.

4. Organhaftung

Die Interessen der Gläubiger und etwaiger Minderheitsgesellschafter könnten zusätzlich durch ein Organhaftungsregime geschützt sein.¹¹³³ Ist die SPE auf ein Konzerninteresse ausgerichtet, *darf* die Geschäftsleitung dieses Interesse berücksichtigen. Mit der Satzungsregelung ist aber nicht automatisch ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung verbunden, auf dessen Grundlage die Geschäftsleitung Konzerninteressen auch berücksichtigen *muss*.¹¹³⁴ Ob ein Weisungsrecht besteht, muss von der reinen Konzernierungsklausel getrennt beurteilt werden.¹¹³⁵

Wie die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, haften die Organmitglieder einer SPE nach dem Recht des SPE-Domizilstaates.¹¹³⁶ Verstoßen Organmitglieder der nach- oder übergeordneten SPE bei im Hinblick auf ein Konzerninteresse vorgenommenen Handlungen gegen ihre Pflichten, haften sie also ebenfalls nach nationalem Recht. Residiert die Tochter-SPE in England, haften sie ggf. nach sec. 172 CA 2006, während sie bei einer deutschen Tochter-SPE gemäß § 43 GmbHG zur Verantwortung gezogen werden können. Aus der dank Konzernierungs- bzw. Weisungsrechtsklausel qualifizierten Einflussmöglichkeit¹¹³⁷ folgt nicht unbedingt ein qualifiziertes Haftungsregime. Im deutschen SPE-Konzern haften die Organmitglieder der über- und nachgeordneten SPE ohne Unternehmensvertrag möglicherweise nicht analog §§ 309, 310 AktG.¹¹³⁸ Durch das uneinheitliche Haftungsregime wird die Organisierbarkeit und Rechtssicherheit und damit die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern empfindlich gemindert.

5. Gesellschafterhaftung

a) Mögliche Inhalte und Anspruchsinhaber

Kernelement eines Minoritäten- und Gläubigerschutzes könnte auch eine Gesellschafterhaftung sein. Denkbar sind verschiedenste Anlässe und Intensitäten. In Betracht kommt beispielsweise, dass erlangte Vorteile sogleich zurückzugewähren oder entstandene Schäden sogleich zu ersetzen sind. Möglich ist aber auch, dass zeitlich gestreckte Verluste oder lediglich Nachteile auszugleichen sind, wobei wiederum ein periodischer Ausgleich oder ein Ausgleich lediglich am Ende der Konzernierung bzw. im Insolvenzfall vorstellbar ist. Zusätzlich könnte man überlegen, dass ein Anspruch auf Sicherheitsleistung für mögliche Haftungsansprüche besteht.

Anspruchsinhaber könnten die Minderheitsgesellschafter oder Gläubiger selbst sein. Sie könnten aber auch dadurch geschützt werden, dass die Ansprüche der Gesellschaft zustehen.

¹¹³³ Überblicksartig *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 62 ff.; zum deutschen Recht z. B. *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 200 ff.; zum englischen Recht z. B. *Hannigan*, *Company Law*, mn. 3-37 et seq., 3-43 (pp. 54 et seq.), 3-51 et seq. (pp. 57 et seq.), 3-57 (p. 59), 6-23 et seq. (p. 147 et seq.), 9-17 (p. 189).

¹¹³⁴ Wohl a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 108, 206, 210, 213, 215 ff., 283; allgemein auf die Trennung, aber logische Verbundenheit hinweisend *Conac*, ECFR 2013, 194, 195.

¹¹³⁵ Vgl. Kapitel 5 A.

¹¹³⁶ Vgl. Kapitel 5 C. II. 3.

¹¹³⁷ Zu den Hintergründen der Haftungstatbestände *Emmerich*, in: ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rn. 1 ff., 32 ff.; *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 309 Rn. 9 ff., 13 ff.; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, § 309 Rn. 9, 11, 46; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 798; *Servatius*, in: Michalski/GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 137, 159, 170.

¹¹³⁸ Vgl. dazu Kapitel 7 B. II. 2. d).

b) Kapitalschutzregime

Abgesehen von den Einlagenansprüchen sieht der SPE-VOE-HU nur in Art. 22 ausdrücklich eine Gesellschafterhaftung vor. Danach müssen die betreffenden Gesellschafter bei Erfüllung eines subjektiven Elements solche Ausschüttungen zurückerstatten, die „*entgegen Artikel 21*“ erfolgt sind, bzw. bei denen „*die Solvenzbescheinigung nicht hätte gegeben werden dürfen*“. Der Anspruch bezieht sich also auf das allgemeine Ausschüttungsregime des SPE-VOE-HU¹¹³⁹ und verpflichtet zu einer sofortigen Rückgewähr unberechtigt erlangter Ausschüttungen. Es bedarf einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU um festzustellen, wann der Ausschüttungsbegriff erfüllt und der Anspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU begründet ist.¹¹⁴⁰ Allerdings lässt sich bereits mit Blick auf Wortlaut und Systematik von Art. 22 SPE-VOE-HU feststellen, dass er sich als allgemeine Norm sowohl auf unverbundene als auch auf konzernierte Gesellschaften bezieht. Der Interessenumbruch im SPE-Konzern hat möglicherweise Auswirkungen darauf, wann die Voraussetzungen von Art. 21 SPE-VOE-HU erfüllt sind bzw. eine Solvenzbescheinigung gegeben werden darf, also wann Ausschüttungen rechtmäßig sind. Art. 22 SPE-VOE-HU ist aber keine spezifisch auf den Interessenumbruch im SPE-Konzern zugeschnittene Vorschrift.

c) Unionsrechtlicher Treuepflichtgrundsatz

(1) Inhalt und Bezeichnung des Treuepflichtgrundsatzes

Die Gesellschafter einer Konzern-SPE könnten zunächst aus einem unionsrechtlichen Treuepflichttatbestand haften. Zwar erkennt der SPE-VOE-HU eine allgemeine Treuepflicht nicht ausdrücklich an.¹¹⁴¹ Ein solcher Grundsatz könnte aber im Unionsrecht bzw. in den nationalen Rechten anerkannt sein und damit auch für die SPE gelten.

Im deutschen Recht¹¹⁴² wird mit dem Schlagwort der gesellschaftlicher „*Treuepflicht*“ beschrieben, dass die Gesellschafter untereinander das Recht und die Pflicht zu einer fairen Behandlung haben. Dieser Gedanke der Fairness bzw. Loyalität zielt auf eine verhältnismäßige Lösung im Einzelfall. Er schlägt sich typischerweise nieder in einem Gleichbehandlungsgebot, das seinen Ausdruck in einer gleichmäßigen Teilhabe v. a. an Information, Abstimmungen und Bezugsrechten findet. Der Loyalitätsgedanke führt außerdem typischerweise zu einem Rücksichtnahmegebot, das den Gesellschaftern je nach Fall ein Förderungshandeln, ein Schädigungsunterlassen oder schlicht ein Dulden bestimmter Maßnahmen abverlangt. Sonderfälle des Rücksichtnahmegebots sind häufig Vermögensausgleichsmaßnahmen, das Stimmverhalten, eine Geschäftschancenlehre und Wettbewerbsverbo-

¹¹³⁹ Vgl. Meller, Gläubigerschutz, S. 207 ff.; Salomon, Regelungsaufträge, S. 39; Pfennig, Gläubigerschutz, S. 87 ff.; Greulich, Der Konzern 2009, 229, 233 f.; Hadding/Kießling, WM 2009, 145, 148; Peters/Wüllrich, DB 2008, 2179, 2182 f.; Wicke, GmbHR 2011, 566, 573; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 907 f.; Lanfermann/Richard, BB 2008, 1610, 1612 f.; Jung, EWS 2012, 25, 28; Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 371f.

¹¹⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich Kapitel 8 C. II. 1. a).

¹¹⁴¹ So auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 350.

¹¹⁴² Pläster, Treuepflicht, S. 110, 127 ff., 148 ff., 161, 173 ff., 200, 313 f.; Wicke, GmbHG, § 13 Rn. 19 ff.; Emmerich/Bitter, in: Scholz/GmbHG, § 13 Rn. 36 ff.; Wiedemann, in: ZGR-Sonderheft 1998, S. 5, 20 ff.; Cornett, Treubindung, S. 388 ff. m. w. N.; zur Treuepflicht im Konzern vgl. Liebscher, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 340 f., 360 ff.; Servatius, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 527 ff.; Emmerich/Bitter, in: Scholz/GmbHG, § 13 Rn. 36; Cornett, Treubindung, S. 476 ff.

te.¹¹⁴³ Die vorliegende Arbeit betitelt diese Grundsätze zusammenfassend mit dem aus dem deutschen Recht bekannten Begriff der gesellschaftlicher „Treuepflicht“.¹¹⁴⁴

Besteht im SPE-Konzern eine allgemeine unionsrechtliche Treuepflicht, kann sie grundsätzlich in allen Lebensphasen des Konzerns zum Tragen kommen – beginnend mit der Konzerneingangskontrolle, über die Konzernleitungskontrolle¹¹⁴⁵ bis hin zur Konzernausgangskontrolle.

(2) Spezialfälle als Hinweise auf eine allgemeine Treuepflicht

Im Wege der Induktion¹¹⁴⁶ könnte von verschiedenen speziellen treuepflichtbezogenen Regelungen im SPE-VOE-HU auf einen allgemeinen ungeschriebenen Treuepflichtgrundsatz zu schließen sein.

(a) Gleichbehandlungsgrundsatz

Wie die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, existiert ein unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.¹¹⁴⁷ Dieser Grundsatz könnte einen Spezialfall eines unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatzes darstellen. Dafür spricht, dass auch die Rechte vieler Mitgliedstaaten dieselbe Wertung vornehmen und den Gleichbehandlungsgrundsatz in einem Atemzug mit der Treuepflicht nennen.¹¹⁴⁸ Im Ergebnis unerheblich sind dogmatische Unterschiede und Feinheiten wie z. B. die im deutschen Recht diskutierte Frage, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz ein Bestandteil des allgemeinen Treuepflichtgrundsatzes oder mit jenem nur eng verwandt ist.¹¹⁴⁹ Folglich ist der Gleichbehandlungsgrundsatz als Spezialfall eines unionsrechtlichen Treuepflichtgedankens zu sehen.¹¹⁵⁰

(b) Informationsrecht der Gesellschafter

Ein weiterer Spezialfall einer unionsrechtlichen Treuepflicht könnten die Informationsrechte der Gesellschafter sein. Die SPE-VO-Entwürfe beinhalten bereits seit dem SPE-VOE-K weitestgehend unverändert diverse Normen, die den Inhalt und die Schranken von Gesellschafterinformationsrechten behandeln.¹¹⁵¹ Auch andere Rechtsakte

¹¹⁴³ Allgemein zur GmbH *Michalski/Funke*, in: *Michalski/GmbHG*, § 13 Rn. 148 ff., 248; *Merkt*, in: *MüKo-GmbHG*, § 13 Rn. 109 ff., 248; *Greitemann*, in: *Saenger/Inhester/GmbHG*, § 13 Rn. 31 ff.; vgl. auch die Vorschläge der *EMCA-Gruppe* vgl. *Conac*, ECFR-Vortrag, slides 14, 22 et seq.; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Sec. 13, Comments.

¹¹⁴⁴ Im Ergebnis wie hier *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 350.

¹¹⁴⁵ Vgl. *Autoren-Gesamtteam*, in: *Boucoucheliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG*, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 16 Abs. 1.

¹¹⁴⁶ Allgemein *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 62 ff.

¹¹⁴⁷ Vgl. unter vorstehend 1.

¹¹⁴⁸ So *Fleischer*, in: *ZGR-Sonderheft 2012*, S. 25, 55 f.; für das deutsche Recht *Emmerich/Bitter*, in: *Scholz/GmbHG*, § 13 Rn. 52.

¹¹⁴⁹ Vgl. *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 24, § 53 Rn. 17; zum Gleichbehandlungsgebot im Konzern *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG*, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 338 f. – „nur ergänzende Schutzfunktion“; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck/GmbHG*, Schl.Anh. Konzernrecht Rn. 42, 90.

¹¹⁵⁰ So auch *Pläster*, Treuepflicht, S. 120 f., 289 m. w. N.; a. A. wohl *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 349, 356 f.

¹¹⁵¹ Vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 sowie Art. 5b Abs. 5 und 7, Art. 26 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 lit. d, Abs. 1a0, Abs. 2 und Abs. 6, Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2, Art. 37 Abs. 2 und 3, Art. 43, Anhang I Nrn. 15, 18 und 21 SPE-VOE-HU; offenlassend auf Basis des SPE-VOE-HU *Grote*, Sonderprüfung, S. 92 ff.

hat der Ordnungsgeber sorgfältig mit Normierungen von Informationsrechten gespickt.¹¹⁵² In ihrer auf Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit ausgerichteten Ausprägung dürfen die unionsrechtlichen Vorschriften zur Informationsgewährung und -verweigerung als Ausdruck eines unionsrechtlichen Treuepflichtgedankens verstanden werden.¹¹⁵³ Auch entsprechende mitgliedstaatliche Regelungen werden in diese Richtung interpretiert.¹¹⁵⁴ Mithin bilden Regelungen zur Begründung, Ausübung und Beschränkung von Informationsrechten einen wichtigen Grundpfeiler für eine unionsrechtliche Treuepflicht.¹¹⁵⁵

(c) Gesellschafterausschluss und -austritt

Auch die Ordnungsregelungen zum Gesellschafterausschluss und -austritt könnten auf die Existenz eines allgemeinen unionsrechtlichen Treuepflichtansatzes hinweisen. Bis einschließlich zum SPE-VOE-CZ enthielt die SPE-VO ähnlich wie bei anderen supranationalen Rechtsformen¹¹⁵⁶ eigene Regelungen zum Gesellschafterausschluss und -austritt und stellte es dem Satzungsgeber durch entsprechende Regelungsaufträge anheim, Ausschluss und Austritt sowie Veräußerungspflichten und -rechte bzw. Ankaufspflichten zu regeln.¹¹⁵⁷ Die Regelungen zum Gesellschafterausschluss¹¹⁵⁸ und -austritt¹¹⁵⁹ waren Ausweis einer unionsrechtlichen Treuepflicht, ebenso wie mitgliedstaatliche Grundsätze für den Gesellschafterausschluss¹¹⁶⁰ und -austritt¹¹⁶¹ Ausweis einer nationalrechtlichen Treuepflicht bzw. eines allgemeineren Grundsatzes von Treu und Glauben sind. Mangels Konsensfähigkeit im Ordnungsgebungsprozess hat der Unionsgesetzgeber den Regelungskomplex seit dem SPE-VOE-SE komplett gestrichen und dem nationalen Recht überantwortet.¹¹⁶² Dadurch hat er sich aber nicht gleichzeitig auch

¹¹⁵² Vgl. Erwägung 24, Art. 2 Abs. 2 und 4, Art. 8 Abs. 4 – 6 und 13, Art. 14, Art. 21, Art. 32 Abs. 3, Art. 37 Abs. 5, Art. 49, 59 Abs. 3, Art. 61 SE-VO; Art. 24, Art. 25, Art. 32, Art. 35 Abs. 4, 60 Abs. 1 Spiegelstrich 1 SCE-VO; Art. 4, Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 1, Art. 18 Abs. 1, 4 und 5, Art. 23 Abs. 4, Art. 24 Abs. 3, Art. 36 Abs. 4, Art. 42 Abs. 5 FE-VOE; Art. 29 EWIV-VO; Art. 6, Art. 11, Art. 18 Verschmelzungsrichtlinie; Art. 6 ff. Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie; Art. 4, Art. 9, Art. 16 Spaltungsrichtlinie; Erwägungen 12, 13, 15, 17, 18 und 25, Art. 3 Abs. 1 litt. b und c, Art. 6, Art. 8, Art. 9 Abs. 5, Art. 10 Übernahmerichtlinie.

¹¹⁵³ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-K *Pläster*, Treuepflicht, S. 215 ff., 225, 253 ff.; wohl auch *Navez*, in: ECFR-Special, pp. 147, 165 (with fn. 71); auf Basis des SPE-VOE-HU ähnlich *Martens*, Managementstrukturen, S. 68, 85 f. (mit Fn. 646), 87 f., 181; *Neville*, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 231 et seq.; a. A. für Strukturmaßnahmen *Veil*, in: FS Priester, S. 799, 812 f.

¹¹⁵⁴ Zum deutschen Recht *Tröger*, Treuepflicht, S. 303 ff., 330 f.; *Schindler*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 51a Rn. 40 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 28; rechtsvergleichend *Pläster*, Treuepflicht, S. 215 ff., 225; *Neville*, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 231 et seq.; *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 61 f.

¹¹⁵⁵ Ähnlich die Vorschläge der EMCA-Gruppe vgl. *Conac*, ECFR-Vortrag, slides 14, 22 et seq.; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Secc. 10, 12 and 14, Comments.

¹¹⁵⁶ Vgl. Art. 15 Abs. 1 Spiegelstriche 1 und 2, Abs. 2 und 3 SCE-VO; Artt. 27, 29, aber auch Art. 22 EWIV-VO.

¹¹⁵⁷ Vgl. zuletzt Artt. 17 und 18, sowie Art. 28 Abs. 1 lit. b und c SPE-VOE-FR bzw. SPE-VOE-CZ sowie VOE-FR-Anhang I bzw. VOE-CZ-Anhang I NRn. 21, 22 und 23.

¹¹⁵⁸ Ebenso *Pläster*, Treuepflicht, S. 115 ff.; wohl auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 231 ff.

¹¹⁵⁹ Ebenso *Pläster*, Treuepflicht, S. 115 ff.; a. A. wohl *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 105; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 229 f.

¹¹⁶⁰ Ebenso *Pläster*, Treuepflicht, S. 39 f. (mit Fn. 74), 115 ff., 312 ff.; zum deutschen Recht *Schindler*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 34 Rn. 114; *Michalski/Funke*, in: Michalski/GmbHG, § 34 Rn. 6 ff.; zum finnischen Recht *Neville*, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 212 et seq.

¹¹⁶¹ Ebenso *Pläster*, Treuepflicht, S. 115 ff.; zum deutschen Recht *Schindler*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 34 Rn. 162; *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 34 Rn. 24 ff.; allgemein und aus rechtsökonomischer Sicht *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 48, 60 f.

¹¹⁶² Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); SPE-VOE-CZ Fußnoten 33 bis 39; zum Ausschluss *Gutsche*, in: FS Hommelhoff, S. 285, 298; *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 847; *dies.*, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 194, 209 et seq., 228 et seq.;

vom unionsrechtlichen Treuepflichtgedanken verabschiedet. Denn die Mitgliedstaaten hatten nicht diskutiert, ob es die Institute eines Gesellschafterausschlusses bzw. -austritts überhaupt gibt, sondern nur, wie sie konkret ausgestaltet werden sollten. Folglich weisen auch die Verordnungsregelungen zum Gesellschafterausschluss und -austritt auf die Existenz eines allgemeinen unionsrechtlichen Treuepflichtansatzes hin.¹¹⁶³

(d) Beschlussmängelrecht

Als Hinweis auf eine unionsrechtliche Treuepflicht könnten schließlich noch die Verordnungsregelungen zum Beschlussmängelrecht gesehen werden.¹¹⁶⁴ Nach Art. 28 Abs. 4 SPE-VOE-HU müssen Gesellschafterbeschlüsse mit der SPE-VO und der Satzung *im Einklang* stehen und können nach nationalem Recht *angefochten* werden.¹¹⁶⁵ Um Probleme bei der Bestimmung unionsrechtlicher Rechtsfolgen und bei der Abgrenzung zwischen Unions- und nationalem Recht zu vermeiden, ist die Regelung dahingehend zu verstehen, dass eine Beschlussmängelkontrolle in materieller wie formeller Hinsicht nach nationalem Recht erfolgt.¹¹⁶⁶ Die Rechte der Mitgliedstaaten lassen sich trotz ihrer starken Unterschiede¹¹⁶⁷ auf den gemeinsamen Nenner bringen, dass die Stimmrechtsausübung bzw. Gesellschafterbeschlüsse sich an Treuepflichtgedanken messen lassen müssen.¹¹⁶⁸ Der Verweis ins nationale Recht besagt nichts darüber, unter welchen materiellen Voraussetzungen ein Beschlussmangel vorliegt. Die Tatsache, dass der Verordnungsgeber Beschlussmängel überhaupt als regelungsbedürftig ansah, belegt ein Bewusstsein des Verordnungsgebers dafür, dass die Stimmrechtsausübung einer Überprüfung zugänglich sein muss. Wenn aber die Mitgliedstaatenrechte die Beschlusskontrolle mit Treupflichterwägungen rechtfertigen, so ist nicht ersichtlich, auf welche anderen Erwägungen der Verordnungsgeber sich hätte stützen können und wollen. Mithin sprechen Artt. 14 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 4 S. 2 SPE-VOE-HU dafür, dass der Verordnungsgeber sich bei seinen Regelungen von einem unionsrechtlichen Treuepflichtgedanken leiten lässt.

Fleischer, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 66 f.; zum Austritt *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 847; *dieS.* in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 194, 209 et seqq., 228 et seqq.; *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 60.

¹¹⁶³ Offenlassend *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 357 ff., 362 f.

¹¹⁶⁴ In diese Richtung auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 345 ff.

¹¹⁶⁵ Vgl. auch Art. 14 Abs. 2 S. 2 SPE-VOE-HU – „Einspruchsrecht“ bzw. „right to object“; *Pläster*, Treuepflicht, S. 226 ff., 253 ff., 290, 315; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 345 ff., 364 ff.; zu Auslegungs- und Schnittstellenproblemen *Navez*, in: ECFR-Special 2013, pp. 147, 166, 174; jenseits der SPE auf begriffliche Schwierigkeiten im Beschlussmängelrecht hinweisend *Fleischer*, AG 2012, 765, 768 f.; rechtsvergleichend *Neville*, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 194, 209 et seqq., 228 et seqq.; *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 57; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 231 ff.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 142 f., 165; für das deutsche Recht *Pläster*, Treuepflicht, S. 185 f.; *Tröger*, Treuepflicht, S. 255 ff.; jeweils m. w. N.; vgl. auch *Cornett*, Treubindungen, S. 462 ff.; vgl. auch Erwägung 10 SCE-VO und Art. 3 Abs. 1 lit. c Übernahmerichtlinie zum Mitentscheidungsrecht.

¹¹⁶⁶ Ähnlich *Martens*, Managementstrukturen, S. 64; wohl auch *Hommelhoff/Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 1, 21 et seq., 32; a. A., allerdings unter Hinweis auf eben diese Probleme *Navez*, in: ECFR-Special 2013, pp. 147, 166, 174.

¹¹⁶⁷ Rechtsvergleichend *Neville*, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 194, 209 et seqq., 228 et seqq.; *Fleischer*, AG 2012, 765 ff.; *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 57.

¹¹⁶⁸ So auch *Pläster*, Treuepflicht, S. 226 ff., 253 ff., 290, 315; zu Auslegungs- und Schnittstellenproblemen *Navez*, in: ECFR-Special 2013, pp. 147, 166, 174; rechtsvergleichend *Neville*, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 194, 209 et seqq., 228 et seqq.; *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 57; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 231 ff.; für das deutsche Recht *Pläster*, Treuepflicht, S. 185 f.; *Tröger*, Treuepflicht, S. 255 ff.; jeweils m. w. N.; vgl. auch *Cornett*, Treubindungen, S. 462 ff.; vgl. auch Erwägung 10 SCE-VO und Art. 3 Abs. 1 lit. c Übernahmerichtlinie zum Mitentscheidungsrecht.

(e) Zwischenfazit: Spezialfälle als Hinweis auf einen allgemeinen unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatz

Mithin ist im Wege der Induktion¹¹⁶⁹ von verschiedenen speziellen treuepflichtbezogenen Regelungen im SPE-VOE-HU auf einen allgemeinen ungeschriebenen Treuepflichtgrundsatzes zu schließen.¹¹⁷⁰

(3) Weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU

Eine weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU könnte das gefundene Auslegungsergebnis stützen, dass es einen ungeschriebenen unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatz gibt. Bei der Untersuchung anderer europäischer Rechtsakte im Zuge der systematischen Auslegung fällt auf, dass der Verordnungsgeber in der SCE-VO offenbar ganz selbstverständlich von der Geltung eines solchen allgemeinen Grundsatzes ausgeht.¹¹⁷¹ Im Rahmen der historischen Auslegung des SPE-VOE-HU enthüllt der vom Verordnungsgeber adoptierte SPE-VOE-CREDA 1997 sogar eine ausdrückliche Regelung einer allgemeinen Treuepflicht.¹¹⁷² Solche Äußerungen dokumentieren die Existenz eines allgemeinen, ungeschriebenen unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatzes.

Die rechtsvergleichende Auslegung könnte dies untermauern. So ist z. B. im deutschen Recht allgemein anerkannt, dass es einen allgemeinen Treuepflichtgrundsatz gibt.¹¹⁷³ Hieraus werden ein Eigeninteresse der Gesellschaft¹¹⁷⁴ sowie dementsprechend auch das Schädigungsverbot, das Drittüblichkeitsgebot, das Wettbewerbsverbot, die Geschäftschancenlehre und das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot hergeleitet.¹¹⁷⁵ Auch das englische Recht kennt derartige ungeschriebene Rechtsgrundsätze, die z. B. im *unfair-prejudice*-Regime der *secc. 994 et seqq. CA 2006* einen Niederschlag im geschriebenen Recht finden.¹¹⁷⁶ Mithin sind in den mitgliedstaatlichen Rechten ungeschriebene Grundsätze anerkannt,¹¹⁷⁷ die im Ergebnis auf eine Treuepflicht hinauslaufen.¹¹⁷⁸ Auch

¹¹⁶⁹ Allgemein Bydlinski, Methodenlehre, S. 62 ff.

¹¹⁷⁰ So auch Pläster, *Treuepflicht*, S. S. 114 ff., 148 f., 160 f., 167 f., 172 f., 188, 199 ff., 220, 226, 233, 249, 293, 296, 312 ff.; Emmerich/Bitter, in: Scholz/GmbHG, § 13 Rn. 37; Cornett, *Treubindung*, S. 390, 395 f.

¹¹⁷¹ Vgl. Erwägung 7 (*Billigkeitsgrundsatz* bzw. *equitable basis* bzw. *distribution équitable*) SCE-VO; Art. 49 SE-VO; Art. 3 Abs. 1 lit. c Übernahmerichtlinie.

¹¹⁷² Vgl. Autoren-Gesamtteam, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, Anhang 2 (Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft), Art. 16 Abs. 1.

¹¹⁷³ Pläster, *Treuepflicht*, S. 110, 127 ff., 148 ff., 161, 173 ff., 200, 313 f.; Wicke, GmbHG, § 13 Rn. 19 ff.; Emmerich/Bitter, in: Scholz/GmbHG, § 13 Rn. 36 ff.; Wiedemann, in: ZGR-Sonderheft 1998, S. 5, 20 ff.; Cornett, *Treubindung*, S. 388 ff. m. w. N.; zur Treuepflicht im Konzern vgl. Liebscher, in: MÜKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 340 f., 360 ff.; Servatius, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 527 ff.; Cornett, *Treubindung*, S. 476 ff.

¹¹⁷⁴ Vgl. Cornett, *Treubindung*, S. 386 ff., 409, 412, 418, 428 f., 432, 443 f., 485 ff. m. w. N.

¹¹⁷⁵ Vgl. Tröger, *Treuepflicht*, S. 139 f., vgl. aber auch S. 149, 198; Pläster, *Treuepflicht*, S. 122 ff., 162 (mit Fn. 644), 173, 200, 202, 205 f., 208 f., 215 ff., 220 ff., 314 f.

¹¹⁷⁶ So Fleischer, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 47 f., 49, 51, 66 f.; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 353 f.; Pläster, *Treuepflicht*, S. 110 ff., 130 ff., 148 f., 153 ff., 163 f., 166 f., 176 ff., 200 f., 207, 212, 239, 289, 313 ff. – der überdies eine „frappierende Ähnlichkeit“ mit der französischen *Rozenblum*-Doktrin ausmachen will; in dieselbe Richtung Neville, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 210; vgl. auch Rajak, in: ZGR-Sonderheft 1998, S. 187, 210 ff.; allgemein Davies, *Company Law*, pp. 230 et seqq., 238 et seqq.

¹¹⁷⁷ So auf Basis des SPE-VOE-HU Martens, Managementstrukturen, S. 28, 31; auf Basis des SPE-VOE-K Pläster, *Treuepflicht*, S. 46, 114 ff., 148 f., 160 f., 167 f., 172 f., 188, 199 ff., 220, 226, 233, 249, 293, 296, 312 ff.; allgemein mit demselben Ergebnis der Rechtsvergleichung Fleischer, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 47 f.; Neville, in: ECFR-Special 2013, pp. 193, 226; zur Treuepflicht als Einwirkungskontrolle auch Cornett, *Treubindungen*, S. 432 ff.; in diese Richtung möglicherweise auch Maul/Röhrich, BB 2008, 1574, 1578, 1579; A. A. wohl Kneisel, SPE im Konzern, S. 228; Veil, in: FS Priester, S. 799, 812 f.

die rechtsvergleichende Auslegung des SPE-VOE-HU stützt das gefundene Auslegungsergebnis, dass es einen ungeschriebenen unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatz gibt.¹¹⁷⁹

(4) Satzung als Grundlage der Treuepflicht

Fraglich ist aber, worin die unionsrechtliche Treuepflicht ihre dogmatische Grundlage findet. Die dogmatische Grundlage könnte zunächst die SPE-Satzung sein. Die SPE-Satzung bildet die Basis für das Zusammenwirken der Gesellschafter, und in ihr manifestiert sich die mitgliedschaftliche Verbundenheit der Gesellschafter. Indem die Satzung ihrerseits die Grundlage für das Handeln innerhalb der SPE ist, würde die Treuepflicht die Satzungsgestaltung ebenso durchweben wie die Vornahme anderer Maßnahmen der SPE-Gesellschafter.

Allerdings kommen aus dogmatischer Sicht auch andere Grundlagen für die ungeschriebene unionsrechtliche Treuepflicht in Betracht. So könnte die allgemeine unionsrechtliche Treuepflicht erstens aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben herzuleiten sein, dessen Geltung auf unions- wie auf nationalrechtlicher Ebene anerkannt ist.¹¹⁸⁰ Allerdings ist es angesichts der Bedeutung und Tragweite des Treuepflichtgrundsatzes angebrachter, einen mehr gesellschaftsrechtsspezifischen Ansatz als Sonderfall des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben zu finden. Diese erste Variante scheidet also aus. Zweitens könnte ein allgemeiner Rechtsgrundsatz einer mitgliedschaftlichen Verbundenheit als Fundament für die ungeschriebene unionsrechtliche Treuepflicht dienen. Dem ist entgegenzuhalten, dass auf die SPE Unions- und nationales Recht nebeneinander Anwendung finden, wobei es der Satzungsgeber dank der zahlreichen Satzungsregelaufträge in der Hand hat, Materien unternehmensindividuell von der nationalrechtlichen auf die unionsrechtliche Ebene zu ziehen. Mit einem ohne besonderen Anknüpfungspunkt geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatz der mitgliedschaftlichen Verbundenheit ließe sich nur schwerlich abgrenzen und rechtfertigen, ob und warum die unionsrechtliche Treuepflicht nur im unionsrechtlichen oder auch im nationalrechtlichen Terrain der SPE gelten soll. Knüpft man die ungeschriebene Treuepflicht dagegen an die SPE-Satzung an, wird das der zentralen und richtungsweisenden Rolle gerecht, die der Ordnungsgeber der SPE-Satzung zuerkennt.¹¹⁸¹ Außerdem sehen auch zahlreiche mitgliedstaatliche Rechte die Satzung als Grundlage für treuepflichtartige Grundsätze.¹¹⁸² Damit wird das gefundene Ergebnis durch die rechtsvergleichende Auslegung im Rahmen der systematischen Auslegung des SPE-VOE-HU gestützt.¹¹⁸³ Mithin kommen andere Grundlagen für die ungeschriebene unionsrechtliche Treuepflicht aus dogmatischer Sicht zwar in Betracht, sind jedoch im Ergebnis abzulehnen.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die unionsrechtliche Treuepflicht ihre dogmatische Grundlage in der SPE-Satzung findet, ohne dass jene ausdrücklich auf Treuepflichtgedanken eingehen muss.¹¹⁸⁴

¹¹⁷⁸ Ebenso für das deutsche Recht *Cornett*, Treubindung, S. 394 f.

¹¹⁷⁹ In diese Richtung auch *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 253 ff.

¹¹⁸⁰ So wohl *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 360 ff.; allgemein *Roth/Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 BGB Rn. 151 ff.; *Krebs*, in: Dauner-Lieb/Langen/BGB, § 242 Rn. 34.

¹¹⁸¹ Vgl. Kapitel 2 E., Kapitel 3 B. I.

¹¹⁸² Vgl. z. B. auch *Pläster*, Treuepflicht, S. 27; zum Personengesellschaftsrecht *Möhrle*, in: HbdGesR, § 5 Rn. 30 ff., § 47 Rn. 46 ff.; *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: Reichert/GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 1 f.

¹¹⁸³ Vgl. allgemein Kapitel 2 F. I. 2. b).

¹¹⁸⁴ Ähnlich *Salomon*, Regelaufträge, S. 105.

(5) Abhängigkeit des Treuepflichtregimes von der Satzungsgestaltung

Es muss geklärt werden, wann der unionsrechtliche Treuegrundsatz gilt. Die Reichweite der unionsrechtlichen Treuepflicht könnte von der Reichweite des Unionsrechts abhängen. Dann könnte der Satzungsgeber die Reichweite der unionsrechtlichen Treuepflicht steuern, indem er von Regelungsaufträgen Gebrauch macht oder nicht.

Als besonderes Charakteristikum der SPE gewährt der Verordnungsgeber dem Satzungsgeber einen weitreichenden Spielraum für eine privatautonome Gestaltung unter Ausschluss des nationalen Rechts. Die SPE und der SPE-Konzern lassen sich nur dann möglichst einfach, rechtssicher und effizient organisieren und führen, wenn das jeweils anwendbare Recht möglichst konsistent angewendet wird. Dafür ist eine Grenzziehung zwischen unions- und nationalrechtlichen Bereichen erforderlich. Aus Gründen des *effet utile* der SPE-VO¹¹⁸⁵ muss also je nach Fall entweder die unions- oder eine nationalrechtliche Treuepflicht gelten – selbst wenn die Unterschiede wegen der starken Gemeinsamkeiten zwischen Unions- und nationalem Recht im Ergebnis gering sein dürften.

Dieses Ergebnis wird dadurch erreicht, dass der unternehmerische Gestaltungsspielraum nur vorbehaltlich des Unionsrechts eröffnet ist. Der Verordnungsgeber stellt den unionsrechtlichen Treuepflichtgedanken der grundsätzlich gewährten Gestaltungsfreiheit als unionsrechtliches Korrektiv, als dem Unionsrecht immanente Schranke, zur Seite. Diese immanente Schranke kommt zum Tragen, wenn die Gesellschafter die SPE nach Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 auf ein Konzerninteresse ausrichten. Freilich ist es ihnen auch unbenommen, bei dieser Gelegenheit die unionsrechtliche Treuepflicht auf Grundlage des Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU *klarstellend* als gesellschafterliche Nebenleistungspflicht festzuschreiben.

Folglich hängt die Reichweite der unionsrechtlichen Treuepflicht von der Reichweite des Unionsrechts ab. Der Satzungsgeber kann die Reichweite der unionsrechtlichen Treuepflicht steuern, indem er von Regelungsaufträgen Gebrauch macht oder nicht. Sofern wegen des Nichtgebrauchs von Regelungsaufträgen oder aus anderen Gründen nationales Recht gilt, kommen auch die in den zumindest meisten Mitgliedstaaten vorhandenen nationalen Treuepflichtgrundsätze zur Anwendung.¹¹⁸⁶ Sofern dagegen Unionsrecht Anwendung findet, gelten aus Gründen der unionsweiten Einheitlichkeit unionsrechtliche Treuepflichtgrundsätze.

(6) Abstufungen der Treuepflicht und Ausnahmen

Die unionsrechtliche Treuepflicht kann in verschiedenen Abstufungen existieren. Der Verordnungsgeber schafft die SPE sowohl für typischerweise personalistisch geprägte KMU als auch für häufig kapitalistisch geprägte Großunternehmen, ohne in seinen Regelungen nach den verschiedenen Erscheinungsformen der SPE zu unterscheiden.¹¹⁸⁷ Die je nach Fall mehr personalistische oder kapitalistische Prägung der SPE hat also keine Auswirkungen auf den Bestand, sondern nur auf die Intensität der Treuepflicht.¹¹⁸⁸

Die unionsrechtliche Treuepflicht könnte aber in bestimmten unionsrechtlichen Ausnahmefällen entfallen. Unter der Annahme, dass sich die Rechtsfolgen der Treuepflicht nach Unionsrecht richten, wären diese Rechtsfolgen

¹¹⁸⁵ Vgl. Kapitel 2 H.

¹¹⁸⁶ A. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 228 ff. – es gilt stets nationales Recht.

¹¹⁸⁷ Vgl. SPE-VOE-K Begründung S. 2; Artt. 5a Abs. 1, 28 Abs. 3 und 5 SPE-VOE-HU; vgl. Kapitel 2 B.

¹¹⁸⁸ So auch *Pläster*, Treuepflicht, S. 249 ff., 315; *Cornett*, Treubindung, S. 403 ff., 437 ff.; wohl a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 93, 214, 228 ff., 252 f., 283 f.

im Ausnahmefall nicht anwendbar. Hätte die Treuepflicht nationalrechtliche Rechtsfolgen, wären diese Rechtsfolgen gemäß Art. 4 Abs. 1 und 3 SPE-VOE-HU gesperrt und kämen aus diesem Grund nicht zur Anwendung. Es kommt in Betracht, dass die unionsrechtliche Treuepflicht ausnahmsweise entfällt, wenn entweder die Minderheitsgesellschafter auf sie verzichten, oder wenn es sich bei der SPE um eine Einpersonengesellschaft handelt. Ebenso wenig wie zum allgemeinen Treuepflichtgrundsatz äußert sich der SPE-VOE-HU explizit zu Ausnahmen desselben. Aufschluss könnte aber eine systematisch-teleologische Auslegung des SPE-VOE-HU geben.

Die SPE-Satzung bildet als allseitige Vereinbarung die Basis für das Zusammenwirken der Gesellschafter und damit auch für die unionsrechtliche Treuepflicht.¹¹⁸⁹ Folglich bindet die Treuepflicht die SPE-Gesellschafter untereinander¹¹⁹⁰ und gilt grundsätzlich im SPE-Mehrpersonenkoncern.¹¹⁹¹ Fraglich ist, ob die SPE-Gesellschafter über die ihnen gegenüber bestehende Treuepflicht disponieren können. Hierfür spricht, dass die SPE-Gesellschafter auf ihre Gleichbehandlung verzichten können¹¹⁹² und der Gleichbehandlungsgrundsatz einen Spezialfall des Treuepflichtgrundsatzes darstellt.¹¹⁹³ Dann ist es nur folgerichtig, wenn die Gesellschafter auch generell auf die Einhaltung der ihnen gegenüber bestehenden Treuepflicht verzichten können. Außerdem dient die Treuepflicht dem Schutz der SPE-Gesellschafter. Der Ordnungsgeber hebt mit der Gestaltungsfreiheit die Eigenverantwortlichkeit der Gesellschafter hervor.¹¹⁹⁴ Ein eigenverantwortlich handelnder Gesellschafter ist mündig und braucht nicht vor sich selbst geschützt zu werden. Folglich können die SPE-Gesellschafter auch auf die ihnen gegenüber geltende Treuepflicht verzichten.¹¹⁹⁵ Da ein Alleingesellschafter erst recht nicht vor sich selbst geschützt werden muss, gilt die gegenseitige Treuepflicht außerdem nicht in der Ein-Personen-SPE bzw. in der hundertprozentigen Konzerntochter.¹¹⁹⁶

Zusätzlich zur Bindung der SPE-Gesellschafter untereinander könnte die unionsrechtliche Treuepflicht aber auch im Verhältnis zwischen den SPE-Gesellschaftern und der SPE gelten. Dann könnte bei einverständlichem Zu-

¹¹⁸⁹ Vgl. unter vorstehend (4).

¹¹⁹⁰ Ebenso *Pläster*, Treuepflicht, S. 119 (mit Fn. 418), 162 f., 240 (mit Fn. 990), 315, vgl. aber auch S. 290; *Martens*, Managementstrukturen, S. 85 (mit Fn. 646), 87 f., 181; zum SUP-Projekt *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215 f.; *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182.

¹¹⁹¹ Ebenso *Pläster*, Treuepflicht, S. 45.; wohl auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 231 ff.; für das deutsche Recht *Cornett*, Treubindungen, S. 442 ff.

¹¹⁹² Vgl. unter vorstehend 1.

¹¹⁹³ Vgl. unter vorstehend (2) (a).

¹¹⁹⁴ Vgl. Artt. 14 Abs. 3, 15 Abs. 1a lit. ba, 28 Abs. 2, 29, 30 SPE-VOE-HU, VOE-HU-Anhang I NRn. 9, 12, 15, 21, 22 und 23, sowie SPE-VOE-HU Erwägung 13 (S. 12); vgl. auch *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 66 – unter Hinweis auf Art. 2 Nr. 3, Art. 20 Nr. 2 und Art. 21 Nr. 2 SPE-VOE-CREDA 1997; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279 f., 282 (Art. 2 Nr. 3 wird Nr. 4, Art. 20 Nr. 2 als Nr. 3 neu gefasst); in diese Richtung auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 187, 223; vgl. auch *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 95 et seq.; allgemein und in historischer Auslegung des SPE-VOE-SE *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 29, 35 ff., 62; aus rechtsökonomischer Sicht *Eidenmüller*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 4, 14; vgl. auch Kapitel 2 E., Kapitel 3 B. I.

¹¹⁹⁵ Vgl. auch Begründung Kapitel III (Anteile; S. 8) SPE-VOE-K; Art. 14 Abs. 2, Art. 16 Abs. 1 SPE-VOE-HU; wie hier *Pläster*, Treuepflicht, S. 119 (mit Fn. 418), 162 f., 240 (mit Fn. 990), 315 m. w. N.; zum deutschen Recht z. B. *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 20; *Michalski/Funke*, in: Michalski/GmbHG, § 13 Rn. 143; *Cornett*, Treubindung, S. 409 ff., S. 412 f., 415 ff.; *Casper*, in: Ulmer/GmbHG, Anh. § 77 Rn. 83.

¹¹⁹⁶ Zur SPE *Pläster*, Treuepflicht, S. 119 (mit Fn. 418), 162 f., 240 (mit Fn. 990), 315 m. w. N.; zum deutschen Recht z. B. *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 20; *Michalski/Funke*, in: Michalski/GmbHG, § 13 Rn. 143; *Cornett*, Treubindung, S. 409 ff., S. 412 f., 415 ff.; *Casper*, in: Ulmer/GmbHG, Anh. § 77 Rn. 83; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 14 Rn. 20, 29; *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535 ff.

sammenwirken oder einer Alleingesellschafterkonstellation ein wie auch immer gearteter „Treuepflicht-Rest“ zugunsten der SPE übrigbleiben, über den möglicherweise nicht disponiert werden kann. Für eine Treuebindung auch gegenüber der SPE spricht, dass die SPE grundsätzlich dieselben Interessen hat wie die Minderheitsgesellschafter. Aus diesem Grund könnte argumentiert werden, dass die gesellschaftliche Treuepflicht gleichzeitig zu einer reflexartigen Treubindung gegenüber der Gesellschaft führt.¹¹⁹⁷ Geht die Bindung gegenüber der SPE aber auf die Bindung der Gesellschafter untereinander zurück und können die Gesellschafter über ihre Rechte verfügen, entfällt mit dem Gesellschafterverzicht gleichzeitig die Bindung gegenüber der SPE. Außerdem könnte man bedenken, dass der Unionsgesetzgeber das Eigeninteresse der SPE in die Dispositionsbefugnis des Satzungsgebers stellt. Sähe man das Eigeninteresse als Ausprägung des allgemeinen Treuepflichtgrundsatzes, bestünde die Treuepflicht zwar gegenüber der SPE, wäre ihr gegenüber aber auch disponibel.¹¹⁹⁸ Zusätzlich könnte man überlegen, dass die SPE unabhängig von ihrer Konzernierung durch unions- bzw. nationalrechtliche Grundsätze zum Bestandsschutz geschützt wird. Dann müsste die SPE nicht noch zusätzlich über die Treuepflicht vor zusammenwirkenden oder alleinigen Gesellschaftern geschützt werden. Sieht man die Minderheitsgesellschafter auch als Sachwalter der Gesellschafts- und Gläubigerinteressen, erfordern Alleingesellschafterkonstellationen unter Umständen ein abgewandeltes Schutzkonzept.¹¹⁹⁹

Hilfreich könnte eine rechtsvergleichende Auslegung sein. Im deutschen Recht ist anerkannt, dass eine Treubindung der Gesellschafter untereinander zu einer reflexartigen, nicht verselbständigten Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft führt und umgekehrt.¹²⁰⁰ Dementsprechend ist auch ein Eigeninteresse der Gesellschaft lediglich Ausfluss der gesellschaftlichen Treuepflicht.¹²⁰¹ Folgerichtig wird das Eigeninteresse als verzichtbar und in der Einpersonengesellschaft unanwendbar angesehen.¹²⁰² Im Zuge eines Interessenumbruchs kann an die Stelle des Eigeninteresses ein Konzerninteresse treten.¹²⁰³ Demgegenüber erkennen die Rechte anderer Mitgliedstaaten zwar ein Eigeninteresse ihrer Gesellschaften an, tun sich aber mit einer Verzichtbarkeit wie z. B. durch Berücksichtigung eines Konzerninteresses schwer.¹²⁰⁴ So ist etwa die Geschäftsleitung einer englischen Gesellschaft stets dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet und darf ein übergeifendes Konzerninteresse nur dann berücksichtigen, wenn dieses im Einzelfall eine reflexartige Rückwirkung auf das Wohl der Gesellschaft hat.¹²⁰⁵ Für Rückschlüsse aus der rechtsvergleichenden Auslegung auf das Unionsrecht ist freilich nicht erforderlich, dass der betreffende Punkt in sämtlichen nationalen Rechten gleichartig behandelt wird.¹²⁰⁶

¹¹⁹⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 1190.

¹¹⁹⁸ Im Ergebnis ähnlich *Martens*, Managementstrukturen, S. 85 (mit Fn. 646), 87 f., 181; a. A. *Pläster*, Treuepflicht, S. 290; zum SUP-Projekt vgl. *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215 f.

¹¹⁹⁹ Vgl. *Schall*, in: Spindler/Stilz/GmbHG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 27; *Liebscher*, in: MÜKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 156 ff.

¹²⁰⁰ Vgl. z. B. *Tröger*, Treuepflicht, S. 68 f., 85 ff.; *Cornett*, Treubindung, S. 192 f., 343 f., vgl. aber auch S. 411; zum SMC-Projekt *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215 f.; *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182.

¹²⁰¹ Unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285.

¹²⁰² Vgl. *Cornett*, Treubindung, S. 192 f., 343 f., 382 ff., 394 f., 409 ff., 415 ff., 487 ff.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 85 (mit Fn. 646), 87 f., 181; *Tröger*, Treuepflicht, S. 85 ff., 68 f.; *Vogt*, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 315; vgl. auch *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182; zum SUP-Projekt und auch auf die Gläubigerinteressen hinweisend *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215 f.

¹²⁰³ Vgl. *Hommelhoff/Freytag*, DStR 1996, 1409, 1411, 1413; *Cornett*, Treubindung, S. 196, 238, 289, 343; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S., 335.

¹²⁰⁴ Rechtsvergleichend *Teichmann*, AG 2013, 184, 191 f., 197; vgl. auch *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 290.

¹²⁰⁵ Vgl. secc. 409 et seq. CA 2006; *Teichmann*, AG 2013, 184, 192; *Doralt*, Managerpflichten, sec. 172 Rn. 1 ff., 15; *Hanigan*, Company Law, mn. 3-52, 9-17, daher dem Vorschlag der Reflection Group gegenüber aufgeschlossen in mn. 3-60; vgl.

Die unionsrechtliche Treuepflicht muss nicht unbedingt Grundlage für ein Eigeninteresse der SPE sein. Vielmehr stellt sich die Frage, ob ein aus der Treuepflicht folgender Schutz dazu beitragen kann, dass ein unionsrechtlicher Schutzstandard als ausreichend für eine Konzernausrichtung mittels Satzungsunionsrecht angesehen werden kann. Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass die unionsrechtliche Treuepflicht im SPE-Konzern ausnahmsweise nicht gilt, wenn die SPE-Gesellschafter auf sie verzichten¹²⁰⁷ oder die SPE nur einen einzigen Gesellschafter hat.¹²⁰⁸

(7) Treuepflicht als Grundlage einer Gesellschafterhaftung

Fraglich ist allerdings, ob und inwiefern aus dem ungeschriebenen unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatz eine unionsrechtliche Gesellschafterhaftung folgt. Indem die Treuepflicht die Gesellschafter und ggf. reflexartig die SPE begünstigt, kommt eine Gesellschafterhaftung gegenüber anderen Gesellschaftern bzw. der SPE in Betracht, nicht jedoch unmittelbar gegenüber Gläubigern der SPE. In der Literatur wird uneinheitlich beantwortet, ob es auf Grundlage des unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatzes unionsrechtliche Rechtsfolgen in Form eines Schädigungsverbots,¹²⁰⁹ eines Drittüblichkeitsgebots,¹²¹⁰ eines Wettbewerbsverbots,¹²¹¹ einer Geschäftschancenlehre¹²¹² und eines allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots¹²¹³ gibt.

Allerdings müsste das Unionsrecht genügende Anhaltspunkte für eine unionsrechtliche Gesellschafterhaftung bieten. Es muss beantwortet werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter wem gegenüber wann und in welcher Höhe haften. Der SPE-VOE-HU behandelt Treuepflichtrechtsfolgen uneinheitlich, indem Gleichbehandlung und Information auf unionsrechtlicher Ebene erfolgen, aber Beschlussmängel, Ausschluss und Austritt dem nationalen Recht überantwortet werden.¹²¹⁴ Diese nunmehr ins nationale Recht fallenden Treuepflichtrechtsfolgen zeigen, dass die Mitgliedstaaten aufgrund ihrer divergierenden Rechte und Vorstellungen keinen Konsens erreichen konnten, obwohl ausdrückliche Regelungsvorschläge vorlagen. Vielmehr zeigt die Historie der Gesellschafterhaftungsvorschrift in Art. 22 SPE-VOE, wie nachdrücklich und detailliert die Mit-

auch *Heckschen*, HB Int. GesR, § 6 Grenzüberschreitende Unternehmensverträge, Kap. D Rn. 18 f.; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 245; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 39 m. w. N.; allerdings wohl für Verzichtbarkeit *Pläster*, Treuepflicht, S. 163 f., 166 f., 200 f., 207, 239, 289 m. w. N.; vgl. auch *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 191.

¹²⁰⁶ Ebenso *Pläster*, Treuepflicht, S. 49; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 57 f.

¹²⁰⁷ Vgl. auch Begründung Kapitel III (Anteile; S. 8) SPE-VOE-K; Art. 14 Abs. 2, Art. 16 Abs. 1 SPE-VOE-HU; wie hier *Pläster*, Treuepflicht, S. 119 (mit Fn. 418), 162 f., 240 (mit Fn. 990), 315 m. w. N.; zum deutschen Recht z. B. *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 20; *Michalski/Funke*, in: Michalski/GmbHG, § 13 Rn. 143; *Cornett*, Treubindung, S. 409 ff., S. 412 f., 415 ff.; *Casper*, in: Ulmer/GmbHG, Anh. § 77 Rn. 83.

¹²⁰⁸ Zur SPE *Pläster*, Treuepflicht, S. 119 (mit Fn. 418), 162 f., 240 (mit Fn. 990), 315 m. w. N.; zum deutschen Recht z. B. *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 20; *Michalski/Funke*, in: Michalski/GmbHG, § 13 Rn. 143; *Cornett*, Treubindung, S. 409 ff., S. 412 f., 415 ff.; *Casper*, in: Ulmer/GmbHG, Anh. § 77 Rn. 83; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 14 Rn. 20, 29; *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535 ff.

¹²⁰⁹ Unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 231 ff., 250 ff., 283, 285.

¹²¹⁰ So *Pläster*, Treuepflicht, S. 205 f.

¹²¹¹ So *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 231 ff.; im Ergebnis a. A. *Pläster*, Treuepflicht, S. 162 (mit Fn. 644), 208 f., 220 ff., 314 f.

¹²¹² So *Pläster*, Treuepflicht, S. 162 (mit Fn. 644), 208 f., 215 ff., 220 ff., 314 f.; unter Bezugnahme auf Art. 31 Abs. 3 SPE-VOE-K *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 231 ff.

¹²¹³ So *Pläster*, Treuepflicht, S. 122 ff., 173, 200, 202, 205 f.; a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 228 (mit Fn. 1179); vgl. auch *EuGH*, Urteil v. 12. Mai 1998, RS. C-367/96, Slg. I-2843 ff. – *Kefalas*; *EuGH*, Urteil v. 23. März 2003, RS. C-373/97, Slg. I-1723 ff. – *Diamantis*.

¹²¹⁴ Vgl. unter vorstehend (2).

gliedstaaten über eine Gesellschafterhaftung verhandeln. Mithin kann nicht davon ausgegangen werden, eine derart diffizile und bedeutende Frage wie die Gesellschafterhaftung sei ohne Regelungsanhaltspunkte in den SPE-VO-Entwürfen vom Konsens der Mitgliedstaaten und dem Regelungswillen des Ordnungsgebers getragen. Indem sich keiner der SPE-VO-Entwürfe zu einer treuepflichtbasierten Gesellschafterhaftung verhält, ist davon auszugehen, dass sich diese nach Art. 4 Abs. 2 lit. b bzw. Abs. 3 SPE-VOE-HU nach nationalem Recht richten sollen.¹²¹⁵ Aus dem ungeschriebenen unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatz folgt keine unionsrechtliche Gesellschafterhaftung.

(8) Zwischenfazit: Keine treuepflichtbasierte Gesellschafterhaftung

Es gibt einen ungeschriebenen allgemeinen unionsrechtlichen Treuepflichtgrundsatz, der die Gesellschafter zu einer fairen Behandlung berechtigt und verpflichtet. In Auslegung des SPE-VOE-HU existiert und gilt ein solcher Grundsatz grundsätzlich auch im SPE-Konzern,¹²¹⁶ und zwar auf Grundlage der SPE-Satzung. Indem sich der SPE-VOE-HU allerdings nur punktuell zu aus der Treuepflicht folgenden Rechtsfolgen verhält, gibt es keine treuepflichtbasierte unionsrechtliche Gesellschafterhaftung. Vielmehr kommt insofern nach Art. 4 Abs. 2 lit. b bzw. Abs. 3 SPE-VOE-HU nationales Recht zur Anwendung. Die unionsrechtliche Treuepflicht gilt im SPE-Konzern ausnahmsweise nicht, wenn die Gesellschafter auf ihre Geltung verzichten oder nur ein Alleingesellschafter existiert. Im Übrigen hängt die Reichweite der unionsrechtlichen Treuepflicht von der Reichweite des Unionsrechts ab.

6. Zwischenfazit: Schutzinstrumente auf Basis des SPE-VOE-HU

Etwaige Minderheitsgesellschafter der Tochter-SPE werden durch ein Bündel von Maßnahmen geschützt. Zunächst profitieren sie von den Quoren und Mehrheitserfordernissen für den erforderlichen Gründungs- bzw. Satzungsänderungsbeschluss, die je nach Fall durch den unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verschärft werden. Zusätzlich sind sie durch die Formvorschriften geschützt, die für den Gründungs- bzw. Satzungsänderungsbeschluss gelten. Domiziliert die Tochter-SPE z. B. in Deutschland, schützen die notariellen Prüfungs-, Belehrungs- und Vorlesepflichten im Rahmen des notwendigen Beurkundungsverfahrens¹²¹⁷ die Minderheitsgesellschafter. Außerdem werden die Minderheitsgesellschafter der Tochter-SPE durch die Verordnungsregelungen zu Informationspflichten, Publizität und Registerkontrolle geschützt. Flankierend kommen die mitgliedstaat-

¹²¹⁵ Im Ergebnis ebenso *Pläster*, Treuepflicht, S. 48; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 231 ff.

¹²¹⁶ In diese Richtung auf Basis des SPE-VOE-HU *Martens*, Managementstrukturen, S. 200, 214, siehe auch S. 231; auf Basis des SPE-VOE-SE *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 95; offenlassend *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 362 f., 370; unklar auf Basis des SPE-VOE-K *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 93, 214, 228 ff., 252 f., 283 f.; für eine im SPE-VOE-CREDA 1997 enthaltene ungeschriebene Treuepflicht *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 66; vgl. auch Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussantrag vom 30.06.2009 – RS. C-101/08, Slg. I-9826 ff., Rn. 88 – *Audiolux*; allgemein aus rechtsökonomischer Sicht *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 48 f.; dagegen eine allgemeine unionsrechtliche Treuepflicht ablehnend auf Basis des SPE-VOE-SE *Neville*, in: FS Hommelhoff, S. 835, 843; auf Basis des SPE-VOE-K *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 105; *Pläster*, Treuepflicht, S. 114 ff., 148 f., 160 f., 167 f., 172 f., 188, 199 ff., 220, 226, 233, 249, 293, 296, 312 ff.; zur SE *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2184; *Hirte*, NZG 2002, 1, 9; wohl auch *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574, 1578, 1579; zur SCE *Mock*, GPR 2004, 213, 217; zur SE vgl. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 57, 68; *Maul*, in: KK-AktG, Art. 6 SE-VO Rn. 31; *Hirte*, NZG 2002, 1, 9; vermittelnd für die SPE *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 105; allgemein *Veil*, in: FS Priester, S. 799, 813; *Bungeroth*, in: MüKo-AktG, Vorb. § 53a Rn. 21; Diskussionsbericht zu den Referaten von *Hirte*, *Henze* und *Hommelhoff*, in: Grundmann/Systembildung und Systemlücken, S. 283, 287.

¹²¹⁷ Art. 28 Abs. 3 S. 3 i. V. m. §§ 2 Abs. 1, 53 Abs. 2 GmbHG i. V. m. §§ 10 ff., 13, 17 BeurkG.

lichen Organhaftungsregime zur Anwendung. Allerdings werden die Minderheitsgesellschafter der Tochter-SPE nicht durch zusätzliche Informationspflichten wie z. B. zu den Auswirkungen der Konzernierung oder durch eine Gesellschafterhaftung geschützt.

Die Gläubiger der Tochter-SPE werden allein durch die Publizität und Registerkontrolle geschützt. Hierbei werden sie allerdings nicht gesondert auf die Konzernierungsklausel hingewiesen. Von einer Gesellschafterhaftung ihnen oder der Tochter-SPE gegenüber profitieren sie nicht. Auf Basis des SPE-VOE-HU werden alle Gläubiger der Tochter-SPE gleich behandelt, es gibt keinen besonderen Arbeitnehmerschutz. Die Minderheitsgesellschafter und Gläubiger der Mutter-SPE genießen dagegen keinen Schutz, mit Ausnahme der Regelungen zur Publizität und Registerkontrolle auf Ebene der Tochter-SPE. Insbesondere ist nicht vorgesehen, dass die Mutter-SPE oder deren Gesellschafter der Konzernierungsklausel zustimmen müssen.

III. Hinlänglichkeit der Schutzinstrumente auf Basis des SPE-VOE-HU?

Fraglich ist, ob die auf Basis des SPE-VOE-HU zur Verfügung stehenden Schutzinstrumente¹²¹⁸ als hinlänglich eingestuft werden können, um zu rechtfertigen, dass eine SPE kraft Satzungsregelung gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden darf. Bei der Beantwortung dieser Frage kann ein Blick auf andere Konzernrechts-Konzepte hilfreich sein. Dieser Blick erfolgt nicht im Rahmen einer Auslegung des SPE-VOE-HU, sondern lediglich zu dem Zweck, anschließend den im SPE-VOE-HU angelegten Schutzstandard zu bewerten.

1. Vergleich mit anderen Konzernrechts-Konzepten

a) Konzernrechts-Konzepte der Mitgliedstaaten

Im deutschen GmbH-Recht kann eine weisungsgebundene Konzernausrichtung dadurch erfolgen, dass ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen oder durch Installierung entsprechender Satzungsklauseln ein vergleichbarer Zustand hergestellt wird.¹²¹⁹ Im Zuge dessen stimmen beide Gesellschaften und deren Gesellschafterversammlungen der Konzernierung in beurkundeter bzw. privatschriftlicher Form zu, was durch das Registergericht geprüft, eingetragen und veröffentlicht wird. Die nachgeordnete Gesellschaft hat Verlustausgleichsansprüche, ihre Minderheitsgesellschafter und Gläubiger haben Ausgleichs-, Abfindungs- und Sicherungsansprüche. Es besteht ein besonderes Haftungsregime für die Organmitglieder der Mutter- und Tochtergesellschaft. Wird eine Tochter-SPE mithilfe von Satzungswahlrechten auf ein Konzerninteresse ausgerichtet, entspricht dies methodisch den satzungsgleichen Wirkungen¹²²⁰ eines Beherrschungsvertrages. Vom deutschen Konzept unterscheidet sich das SPE-Schutzkonzept allerdings v. a. dadurch, dass die Konzernausrichtung keine besonderen Ausgleichs-, Abfindungs- und Sicherungsansprüche zur Folge hat. Außerdem werden die Gesellschafter der Mutter-SPE nicht einbezogen, wird die Konzernierung nicht gesondert eingetragen und veröffentlicht und gelten dieselben Organhaf-

¹²¹⁸ Vgl. zusammenfassend unter soeben II. 6.

¹²¹⁹ Vgl. §§ 291 ff. AktG analog; *K. Schmidt*, in: Scholz/GmbHG, § 45 Rn. 15; *Hoffmann*, in: Michalski/GmbHG, § 53 Rn. 158; *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, Rn. 572 ff.; *Arens/Beckmann*, in: Oppenländer/Trölitzsch/GmbH-Geschäftsführung, Kap. 5 Rn. 15; vgl. auch *Hoffmann*, in: Michalski/GmbHG, § 53 Rn. 158.

¹²²⁰ Vgl. allgemein *Servatius*, in: Michalski/GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 50 f., 279; *Hoffmann*, in: Michalski/GmbHG, § 53 Rn. 156 ff.; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, GmbH-Konzernrecht Rn. 787 ff.

tungsnormen wie für die unverbundene Gesellschaft. Mithin liegt der in Auslegung des SPE-VOE-HU vorzufindende Schutzstandard sehr viel niedriger als derjenige des deutschen GmbH-Vertragskonzernrechts.

Im faktischen deutschen GmbH-Konzern herrscht ein Schädigungsverbot anstelle des im faktischen Aktienkonzern geltenden gestreckten Nachteilsausgleichs.¹²²¹ Auch hierhinter bleibt der SPE-Schutzstandard zurück, indem aus dem Unionsrecht keine konzernspezifische Gesellschafterhaftung hergeleitet werden kann.¹²²² Sollte das deutsche Schädigungsverbot im SPE-Konzern Anwendung finden,¹²²³ liefe eine unionsrechtliche Konzernierungsklausel im Ergebnis ins Leere.

Im Vergleich zum deutschen Recht ist die französische *Rozenblum*-Doktrin liberaler.¹²²⁴ Danach ist es nicht erforderlich, dass dem nachgeordneten Unternehmen entstehende Nachteile alsbald ausgeglichen werden. Vielmehr soll es ausreichen, wenn ein künftiger Nachteilsausgleich im Entscheidungszeitpunkt als wahrscheinlich erscheint. Anstatt der Tochtergesellschaft entstehende Nachteile tatsächlich auszugleichen oder ihr zumindest einen entsprechenden Ausgleichsanspruch zuzugestehen, sollen bereits durch die Konzernzugehörigkeit als solche mögliche Vorteile genügen. Der SPE-Schutzstandard liegt auch unter dem vergleichsweise liberalen französischen Schutzstandard, indem es an einem unionsrechtlichen Nachteilsausgleichsregime fehlt.

Des Weiteren zeigt ein Vergleich der Mitgliedsstaatsrechte, dass den Gesellschaftern grundsätzlich die Freiheit zuerkannt wird, einen aufgrund Konzernierung als erforderlich angesehenen Interessenausgleich mittels Satzungsgestaltung zu schaffen.¹²²⁵ Das Satzungsunionsrecht könnte zwar einen Interessenausgleichsanspruch vorsehen, doch enthält der SPE-VOE-HU keine Anhaltspunkte für die inhaltliche Ausgestaltung solcher Klauseln.

b) Konzernrechts-Konzept des Forum Europaeum Konzernrecht

Nach dem Konzept des *Forum Europaeum Konzernrecht*¹²²⁶ kann die Muttergesellschaft gegenüber ihrer Tochter ein allgemeines Weisungsrecht etablieren, das sie auch im Konzerninteresse bzw. zum Nachteil der Tochter ausüben darf. Im Gegenzug begründet die *Konzernerklärung* einen auf den Widerruf der Konzernenerklärung oder die Insolvenz der Tochter aufschiebend bedingten Verlustausgleichsanspruch der Tochter gegen die Mutter sowie Abfindungs- bzw. Sicherungsansprüche von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern der Tochter. Die Konzernierungserklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit zustimmender Gesellschafterbeschlüsse der beteiligten Rechtsträger sowie der Eintragung in die Handelsregister beider Gesellschaften.

Würde die Gesellschafterversammlung einer Tochter-SPE über die Einführung eines Weisungsrechts im Konzerninteresse beschließen, könnte in der Mitwirkung der vom Weisungsrecht profitierenden Gesellschafterin eine

¹²²¹ Vgl. allgemein *Liebscher*, in: MÜKo-GmbHG, GmbH-Konzernrecht Rn. 368 ff., 401, 509 ff.; *Vogt*, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 308 ff.

¹²²² Vgl. unter vorstehend II. 5. c) (8) sowie weiterführend Kapitel 8 D. II. 1. a) (1).

¹²²³ Vgl. dazu ausführlich Kapitel 8 D. II. 1. a) (1).

¹²²⁴ Vgl. *Drygala*, AG 2013, 198, 203; allgemein zur *Rozenblum*-Doktrin z. B. *Veil*, in: *Begegnungen im Recht*, S. 21, 30; *Conac*, ECFR 2013, 194, 200 et seq., 218 et seq.; *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 294.

¹²²⁵ Vgl. *Hommelhoff*, DJT-Gutachten, S. G 79; *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 62 ff.; allgemein rechtsvergleichend *Hopt*, in: ZGR-Sonderheft 1998, S. 123, 133 ff., 136 f., 139; zum englischen Recht *Rajak*, in: ZGR-Sonderheft 1998, S. 187, 208 ff., 210 ff., 213 f.; zum italienischen Recht *Bianchi*, ECFR-Vortrag, slides 13 et seqq.

¹²²⁶ *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 702, 703 f., 740 ff.; vgl. auch *Tröger*, Treupflicht, S. 314 ff.; *Habersack*, in: *Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht* Vor § 311 Rn. 1.

Konzernerklärung im Sinne des beschriebenen Expertenkonzepts gesehen werden. Allerdings wird sie nicht gesondert eingetragen und veröffentlicht und begründet keine unionsrechtlichen Verlustausgleichs-, Abfindungs- und Sicherungsansprüche. Mithin bleibt das SPE-Schutzkonzept auch hinter dem vom *Forum Europaeum Konzernrecht* vorgeschlagenen Schutzkonzept zurück.

c) Konzernrechts-Konzept der Reflection Group

Nach dem Konzept der *Reflection Group*¹²²⁷ können die Unternehmen im Rahmen eines *opt in*-Modells die Muttergesellschaft zur Erteilung auch nachteiliger bzw. im Konzerninteresse liegender Weisungen ermächtigen.¹²²⁸ Voraussetzung für ein solches Weisungsrecht ist allerdings, dass u. a. mit Mitteln der Transparenz ein angemessener Gläubiger- und Minderheitenschutz sichergestellt und entstehende Vor- und Nachteile ausgeglichen werden.¹²²⁹ Das Modell lehnt sich ggf. an die französische *Rozenblum*-Doktrin an, möchte aber für Weisungen wohl bereits genügen lassen, dass die Tochtergesellschaft nicht erheblich gefährdet wird.¹²³⁰

Auch im Vergleich des SPE-VOE-HU mit dem Konzept der *Reflection Group* fällt auf, dass es im SPE-Unionsrecht an einem Regime für einen Nachteilsausgleich fehlt. Gleichzeitig zeigen die Ausführungen der Expertengruppe, dass die Kriterien für ein solches Regime unklar sind und erst im Rahmen einer rechtspolitischen Diskussion gefunden werden müssen.

d) Konzernrechts-Konzept der EMCA-Gruppe

Nach dem Konzept der Expertengruppe, die derzeit einen *European Model Company Act (EMCA)* als ein europäisches Modell für die Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte erarbeitet,¹²³¹ soll es Sonderregelungen für *Geschäfte zwischen nahestehenden Unternehmen und Personen* wie z. B. *cash pooling* und konzerninterne Darlehen sowie andere konzerninterne Geschäfte geben.¹²³² Weisungsrechte können mit einer Konzernausrichtung verknüpft werden.¹²³³ Jedenfalls muss das nachgeordnete Unternehmen eine erfolgte Konzernierung deklaratorisch veröffentlichen.¹²³⁴ Im Detail favorisiert die *EMCA*-Gruppe hierfür eine vereinfachte, also weiterentwickelte Variante der aus dem französischen Recht bekannten *Rozenblum*-Formel¹²³⁵ und damit einen vergleichsweise liberalen Ansatz. Für den Gesellschafterschutz werden Informationsrechte und *sell-out rights* ange-

¹²²⁷ *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 60 ff.; vgl. auch *Linnainmaa*, Positionspapier, S. 2 f.; allgemein zu den Anforderungen europäischer Regelungen zu einer *group governance*: *Chiappetta*, Positionspapier, S. 4 f.

¹²²⁸ *Reflection Group*, Abschlussbericht, no. 4.2 (pp. 66 et seqq.).

¹²²⁹ *Reflection Group*, Abschlussbericht, no. 4.3 (pp. 68 et seqq.); *dies.*, ECFR 2013, 304, 323, 325 et seq.

¹²³⁰ Vgl. *Reflection Group*, Abschlussbericht, no. 4.1.2 (pp. 64 et seq.); *dies.*, ECFR 2013, 304, 326.

¹²³¹ Vgl. <http://law.au.dk/emca/>; dazu *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 202 f., 216; *Andersen*, Präsentation, Folie 8, *Baums/Andersen*, EMCA-Arbeitspapier, S. 10; *Roesener*, NZG 2013, 241, 242 f.; *Möslein*, ZHR 176 (2012), 470, 477 f.; *Conac*, ECFR-Vortrag, slides 3 et seqq., 7; *dies.*, ECFR 2013, 194, 195, 202 et seq., 213, 219; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Introduction, EMCA-Chapter 1, EMCA-Chapter 16.

¹²³² Vgl. *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 216, 224 et seq.; *dies.*, ECFR-Vortrag, slide 14.

¹²³³ Vgl. *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 220, 222 et seq.; *dies.*, ECFR-Vortrag, slides 11, 15 et seqq.

¹²³⁴ Vgl. *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Sec. 9, Comments, vgl. aber auch Sec. 8, Comments – hieraus gehen nur gruppeninterne Mitteilungspflichten über Kontroll- und Anteilsverhältnisse hervor.

¹²³⁵ Vgl. *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 217, 219 et seqq.; *dies.*, ECFR-Vortrag, slides 18 et seqq.; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Sec. 9 and 16, Comments.

dacht.¹²³⁶

Anders als nach dem SPE-VOE-HU, aber ähnlich dem deutschen Vertragskonzernrecht und dem Konzept des *Forum Europaeum Konzernrecht*, muss die Konzernierung also gesondert veröffentlicht werden. Abermals fällt auf, dass der SPE-VOE-HU keinen Nachteilsausgleichsmechanismus vorsieht.

e) Konzernrechts-Konzept im SUP-RLE-K

Der SUP-RLE-K erlaubt es dem Alleingesellschafter auf unionsrechtlicher Ebene und vorbehaltlich des Satzungs- und nationalen Rechts, dem Leitungsorgan bindende Weisungen zu erteilen.¹²³⁷ Wie sich aus der Entwurfsbegründung ergibt, hat der Unionsgesetzgeber beim Vorbehalt zugunsten des nationalen Rechts – allein oder zumindest auch – die „nationalen Rechtsvorschriften zum Schutz der Interessen anderer Parteien“ im Auge.¹²³⁸ Indem es sich bei der SUP um eine Einpersonengesellschaft handelt, können solche *anderen Parteien* nur Gläubiger und andere außenstehende Dritte sein. Die *Interessen anderer Parteien*¹²³⁹ können dann beeinträchtigt sein, wenn Weisungen nicht lediglich im ureigensten Interesse der Gesellschaft erteilt werden. Mithin spielt der SUP-RLE-K auf eine Konzernausrichtung an. Ob eine Konzernausrichtung zulässig ist, stellt der Verordnungsgeber dem nationalen Recht anheim. Der SUP-RLE-K könnte *prima facie* so verstanden werden, dass eine SUP kraft unionsrechtlicher Erlaubnis in Art. 23 Abs. 1 SUP-RLE-K Konzerninteressen verfolgen darf, wenn und sofern nicht eine Satzungsregelung oder das nationale Recht des Satzungssitzstaates dies verbietet. Legt man den SUP-RLE-K derart aus, flankiert der Verordnungsgeber sein unionsrechtliches Weisungsrecht allerdings nicht mit unionsrechtlichen Schutzinstrumenten wie beispielsweise einem Nachteilsausgleichsregime. Möglicherweise wird das unionsrechtliche Weisungsrecht aber durch nationalrechtliche Schutzinstrumente flankiert. Es bedarf einer weitergehenden – im Rahmen dieser Arbeit nicht interessierenden – Auslegung des SUP-RLE-K, wie die Regelungen im SUP-RLE-K zu verstehen sind.

Im Vergleich zum SPE-VOE-HU fällt jedoch auf, dass hier wie dort keine expliziten unionsrechtlichen Schutzstandards geregelt sind. Abgesehen davon lassen sich keine Rückschlüsse auf einen etwaigen Minoritätenschutz in der SPE ziehen, weil sich der SUP-RLE-K zum Minoritätenschutz gerade nicht verhalten muss und daher auch nicht verhält.

f) Konzernrechts-Konzepte in der jüngsten Literatur

In der jüngsten rechtswissenschaftlichen Literatur zum Europäischen Gesellschaftsrecht wird allgemein vertreten, zum Schutzinstrument der Gruppenpublizität müssten zusätzliche Schutzinstrumente hinzutreten.¹²⁴⁰ Der Schutzstandard müsse abgestuft sein, je nachdem ob es sich um eine Einpersonengesellschaft, eine Mehrpersonengesellschaft oder eine börsennotierte Gesellschaft handele.¹²⁴¹

¹²³⁶ Vgl. *Conac*, ECFR 2013, 194, 195, 216, 223 et seq.; *ders.*, ECFR-Vortrag, slides 21 et seq.; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Secc. 12, 13 et seqq.

¹²³⁷ Vgl. Begründung 3. (S. 9), Erwägung 23 (S. 14), Art. 23.

¹²³⁸ Vgl. Begründung 3. (S. 9).

¹²³⁹ Bzw. „*the interest of other parties*“ bzw. „*les intérêts d’autres parties*“.

¹²⁴⁰ So *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 293; *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 94 et seqq.

¹²⁴¹ So *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 293; ähnlich *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 95 et seqq.

Bei Einpersonengesellschaften genüge es, die Arbeitnehmer und sonstigen Gläubiger der nachgeordneten Gesellschaften zu schützen, und zwar insofern, wie dies im Interesse einer einheitlichen Gruppenleitung im Binnenmarkt dringend geboten ist.¹²⁴² Jenseits dessen reiche es aus, wenn die Gläubiger sich selbst schützen bzw. über nationales Recht geschützt werden.¹²⁴³ Dementsprechend solle auf unionsrechtlicher Ebene ein Schutzstandard etabliert werden, der sich an der französischen *Rozenblum*-Doktrin orientiert und hinreichend präzise ausgestaltet ist.¹²⁴⁴ Der Gläubigerschutz sei nur dann effektiv, wenn hinreichend klar sei, wie bestimmte Rechtsbegriffe zu verstehen sind, wer auf Mutter- und Tochter-Ebene wofür zuständig und verantwortlich ist, wann und nach welchen Maßstäben konzernbedingte Vor- und Nachteile zu beurteilen sind, und wie entstandene Nachteile auszugleichen sind.¹²⁴⁵ Dementsprechend wird gefordert, die konzernbedingten Vor- und Nachteile müssten gemessen an einer fairen Teilhabe am Gruppenerfolg bzw. -misserfolg sowohl aus einer *ex ante*- als auch einer *ex post*-Sicht bewertet werden.¹²⁴⁶ In diesem Rahmen müssten u. a. für jede Gruppengesellschaft gesondert deren Aufgaben festgelegt werden.¹²⁴⁷ Ob die beteiligten Gesellschaften und ihre Organmitglieder ihre jeweiligen Pflichten erfüllt haben, sei über Berichts- und Publizitätspflichten sowie ggf. Sonderprüfungsrechte abzusichern. Hierfür wird vorgeschlagen, bei den Registerbehörden jährlich einen konsolidierten Gruppenbericht sowie für jede nachgeordnete Gesellschaft einen Ergebnisbericht zur Einsicht zu hinterlegen.¹²⁴⁸ Es bedürfe noch einer intensiven rechtspolitischen Erörterung, um unionsrechtlich festzulegen, wann konzernbedingte Nachteile auszugleichen und wie mangelnde Nachteilsausgleiche zu sanktionieren seien. Allerdings wird angeregt, für den Verzugsfall einen sofort fälligen Zahlungsanspruch gegen die Muttergesellschaft oder einen weitergehenden Verlustausgleichsanspruch der nachgeordneten Gesellschaft vorzusehen.¹²⁴⁹ Bei Mehrpersonengesellschaften sei es zusätzlich zwar erforderlich, die Minderheitengesellschafter der nachgeordneten Gesellschaften hinreichend zu schützen.¹²⁵⁰ Allerdings könne sich der Minoritätenschutz auf einen satzungsbasierten Selbstschutz der Minderheitengesellschafter beschränken, wobei es ggf. in Betracht komme, Repräsentanten dieser Gesellschafter in die Überwachungsorgane der Tochtergesellschaften zu berufen.¹²⁵¹

Auch im Vergleich des SPE-VOE-HU mit diesem Konzernrechts-Konzept fällt auf, dass es im SPE-Unionsrecht an einem Regime für einen Nachteilsausgleich fehlt. Ebenso wie im Bericht der *Reflection Group* wird deutlich, dass die Kriterien für ein solches Regime im Rahmen einer rechtspolitischen Auseinandersetzung gefunden und so dann präzise festgeschrieben werden müssen.

2. Bewertung des Schutzstandards des SPE-VOE-HU

Fraglich ist, wie der Schutzstandard des SPE-VOE-HU zu bewerten ist und inwiefern er ggf. als ausreichend ange-

¹²⁴² So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 293 f., 298.

¹²⁴³ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 293 f., 298.

¹²⁴⁴ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 294 f., 299; Conac, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 95 et seq.

¹²⁴⁵ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 295 ff.; vgl. auch Conac, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 95 et seq.

¹²⁴⁶ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 295 ff.; ähnlich Conac, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 95 et seq.

¹²⁴⁷ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 296 f.

¹²⁴⁸ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 297, 299.

¹²⁴⁹ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 297 f.

¹²⁵⁰ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 293 f., 298; Conac, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, pp. 75, 97, see also p. 98 – right to squeeze-out minority shareholders.

¹²⁵¹ So Hommelhoff, in: FS Stolz, S. 287, 293 f., 298; ders., ZIP 2013, 1645, 1649 f.; Conac, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, S. 75, 93.

sehen werden kann.

a) Gläubigerschutz

Die Gläubiger der Tochter-SPE werden allein durch die Publizität und Registerkontrolle geschützt, wobei sie nicht gesondert auf die Konzernierungsklausel hingewiesen werden.¹²⁵²

(1) Publizität

Das Publizitätserfordernis ist aus Gläubigersicht grundsätzlich als positiv zu bewerten.¹²⁵³ Der durch die Publizität vermittelte Schutz ist allerdings dadurch vergleichsweise gering, dass weder die Satzung, noch eine etwaige Beschlussveröffentlichung, noch die Registeranmeldung, noch die Registereintragung eine etwaige Konzernierung besonders hervorheben. Indem eine SPE zwar typischerweise, aber nicht notwendigerweise in einen Konzern eingebunden ist,¹²⁵⁴ besteht das Risiko, dass die Registerbehörde und Gläubiger eine Konzernierungsklausel übersehen bzw. in ihrer Tragweite unterschätzen. Umgekehrt würde es die Unternehmen nicht übermäßig belasten, die ohnehin erforderliche Anmeldung der Satzungsklausel und die ggf. zusätzlich erforderliche Beschlussveröffentlichung mit einem expliziten, gesonderten Hinweis auf die Konzernausrichtung einer SPE zu verbinden. Daher ist die Publizität auf Grundlage des SPE-VOE-HU ihrem Umfang nach als ungenügend anzusehen. Diese Einschätzung deckt sich mit den Bewertungen des deutschen Vertragskonzernrechts, des *Forum Europaeum Konzernrecht* und den jüngst in der Literatur vertretenen Konzernrechts-Konzepten.¹²⁵⁵

(2) Registerkontrolle

Die Kontrolle etwaiger Konzernierungsklauseln durch eine unabhängige Instanz ist grundsätzlich zu begrüßen. Insofern liegt der Schutzstandard des SPE-VOE-HU auf einer Linie mit demjenigen des deutschen Vertragskonzernrechts und des *Forum Europaeum Konzernrecht*.¹²⁵⁶ Allerdings wird die Rechtssicherheit dadurch gemindert, dass das Unionsrecht keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, nach welchen Maßstäben Konzernierungsklauseln zu beurteilen und ggf. als rechtmäßig einzustufen sind. Es besteht ein großes Risiko dafür, dass eine Konzernierungsklausel je nach Mitgliedstaat und zuständiger Registerbehörde nach zu strengen oder zu legeren Standards bemessen wird – abgesehen davon, dass es einer rechtspolitischen Diskussion und Entscheidung bedarf, welcher Standard überhaupt angemessen ist. Dadurch sinkt nicht nur die Effizienz im SPE-Konzern, sondern auch die Verlässlichkeit des Schutzsystems aus Gläubigersicht. Hinzu kommt der vorstehend erwähnte Aspekt, dass Konzernierungsklauseln mangels gesonderter Hinweispflichten vom Reigstergericht übersehen oder unterschätzt werden können. Folglich ist die Registerkontrolle für den Gläubigerschutz nicht als ausreichend anzusehen. Diese Auffassung deckt sich mit der Auffassung der *Reflection Group* und der Literatur, dass die Maßstäbe diskutiert und konkretisiert werden müssen.¹²⁵⁷

¹²⁵² Vgl. unter vorstehend II. 6.

¹²⁵³ Zu Informationsmodellen vgl. auch *EuGH*, Urteil v. 30. September 2003, Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885 ff. – *Inspire Art; Kommission*, Aktionsplan 2012, Nr. 4.6 (S. 17); *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 141 f.

¹²⁵⁴ Vgl. Kapitel 2 B.

¹²⁵⁵ Vgl. unter vorstehend 1. a), b) und f).

¹²⁵⁶ Vgl. unter vorstehend 1. a) und b).

¹²⁵⁷ Vgl. unter vorstehend 1. c) und f).

(3) Gesellschafterhaftung

Aus dem SPE-VOE-HU können keine konzernbedingten Haftungsansprüche gegen die Gesellschafter hergeleitet werden, die den Gläubigern einer Tochter-SPE direkt oder indirekt zugutekommen würden.¹²⁵⁸ Solche Haftungsansprüche könnten allerdings neben der Publizität und Registerkontrolle zwingend erforderlich sein.

Selbst wenn den Gläubigern dank der Eintragungs- und Satzungsveröffentlichungen die Konzernierung bewusst ist, sind ihre Reaktionsmöglichkeiten eingeschränkt. Theoretisch kommt in Betracht, dass sie entweder von Geschäften mit der Gesellschaft absehen oder sich privatrechtlich selbst absichern oder die *Konzerngefahr* in Kauf nehmen. Ein eigenverantwortlicher Selbstschutz ist zwar nach mitgliedstaatlichem wie z. B. englischem Recht¹²⁵⁹ ausreichend und wurde auch von den Verfassern des SPE-VOE-CREDA befürwortet.¹²⁶⁰ Von Geschäften gänzlich abzusehen oder sich selbst zu schützen kommt allerdings für Arbeitnehmer und andere schwache Gläubiger sowie für gesetzliche Gläubiger nicht in Betracht.¹²⁶¹ Sofern Gläubiger dagegen zum eigenverantwortlichen Selbstschutz bereit und in der Lage sind, würde der reibungslose Geschäftsbetrieb im Binnenmarkt gestört. Daher genügen bloße Publizitätserfordernisse nicht, es bedarf gesetzlicher Haftungsinstrumentarien.¹²⁶² Diese Einschätzung liegt auf einer Linie mit diversen Expertenmeinungen, dem deutschen Konzernrecht und sogar der vergleichsweise liberalen französischen *Rozenblum*-Doktrin.¹²⁶³

Selbst wenn die Registerkontrolle dank gesonderter Anmeldepflichten und eines konkreten Prüfungsmaßstabs effektiv wäre,¹²⁶⁴ könnte die Registerkontrolle als solche nicht sicherstellen, dass konzernbedingte Nachteile später auch tatsächlich ausgeglichen werden. Auch aus diesem Grund sind Tatbestände für eine konzernbedingte Gesellschafterhaftung erforderlich. Das sehen auch das *Forum Europaeum Konzernrecht* und das deutsche Vertragskonzernrecht so.¹²⁶⁵ Folglich fehlt es auf Basis des SPE-VOE-HU an einer notwendigen Gesellschafterhaftung neben den Publizitäts- und Kontrollpflichten.

Ebenso fehlt es an Ansprüchen, die die Erfüllung von Gesellschafterhaftungsansprüchen absichern könnten. Eine derartige Zusatzabsicherung ist aus Gläubigersicht zwar wünschenswert, verkompliziert Konzernierungen aus Unternehmenssicht aber und ist daher im Ergebnis nicht zu fordern.¹²⁶⁶

(4) Berichtspflichten

Auf Grundlage des SPE-VOE-HU sind die beteiligten SPEs bzw. deren Organmitglieder nicht verpflichtet, die prognostizierten und tatsächlichen Auswirkungen einer Konzernausrichtung zu prüfen und über das Prüfungser-

¹²⁵⁸ Vgl. unter vorstehend II. 6.

¹²⁵⁹ Vgl. *Schall*, DStR 2006, 1229.

¹²⁶⁰ Vgl. *Hommelhoff/Helms*, in: Boucourechliev/Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG, NRn. 225 ff. (S. 166 ff.); *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 64 ff.; auf Basis des SPE-VOE-K wohl noch weitergehend *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 85, 145.

¹²⁶¹ So auch *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/'SPE, S. 133, 135.

¹²⁶² In diese Richtung auch *Rammeloo*, in: ECFR-Special 2013, pp. 99, 116; allgemein *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 293 f., 298.

¹²⁶³ Vgl. unter vorstehend 1. a), b), c), d) und f).

¹²⁶⁴ Vgl. unter soeben (2).

¹²⁶⁵ Vgl. unter vorstehend 1. a) und b).

¹²⁶⁶ So im Ergebnis wohl auch die überwiegende Ansicht in den mitgliedstaatlichen Rechten und unter Experten, vgl. unter vorstehend 1.

gebnis Rechenschaft abzulegen.

Eine solche Pflicht würde einen mitunter kostspieligen Zusatzaufwand für die Unternehmen verursachen, aber auch das Problembewusstsein der Beteiligten schärfen. Würden erstellte Berichte veröffentlicht, könnten sie die Gläubiger sehr viel konkreter schützen als die bloße Information über eine erfolgte Konzernausrichtung. Mit fehlerhaften Berichten bzw. mit Handlungen entgegen den aus den Berichten zu gewinnenden Kenntnissen würden Organmitglieder gegen ihre allgemeinen Sorgfaltspflichten verstoßen und könnten deshalb nach allgemeinen Haftungsregelungen zur Verantwortung gezogen werden. Das Haftungsrisiko würde wiederum die Sorgfalt bei der Berichtserstellung und allgemein bei der Konzernbegründung und -durchführung erhöhen. Aus all diesen Gründen wären Berichtspflichten sehr effektive Gläubigerschutzinstrumente. Sie sind erforderlich, weil etwaige Gesellschafterhaftungsansprüche wegen unausgeglichener Nachteile¹²⁶⁷ erst bei entstandenen Nachteilen und damit vergleichsweise spät greifen. Berichtspflichten sind verhältnismäßig, weil sie die Beteiligten dazu anhalten, ihren ohnehin nach Unions- bzw. nationalem Recht bestehenden Sorgfaltspflichten nachzukommen. Angesichts dessen ist der Dokumentations- und Veröffentlichungsaufwand als vergleichsweise geringer Zusatzaufwand einzustufen. Demgegenüber können die Gläubiger der Tochter-SPE von den Berichtspflichten in sehr hohem Maße profitieren. Folglich sollten die Tochter- und Mutter-SPE sowie deren Geschäftsleiter verpflichtet sein, bei Einführung einer Konzernierungsklausel die zu erwartenden Auswirkungen der Konzernausrichtung zu prognostizieren. Periodisch, am besten parallel zur Jahresabschlusspflicht, sollten sie verpflichtet sein, über die tatsächlichen Auswirkungen der Konzernausrichtungen im abgelaufenen Berichtszeitraum Rechenschaft abzulegen und eine Prognose für den folgenden Berichtszeitraum zu tätigen.¹²⁶⁸ Zudem sollten die Mutter-SPE und deren Geschäftsleiter parallel zum Konzernabschluss verpflichtet sein, über die Auswirkungen der Konzernausrichtungen im Gesamtkonzern im abgelaufenen Berichtszeitraum einen konsolidierten Gruppenbericht erstatten, wobei sie die Tochter-SPE und deren Geschäftsleiter unterstützen sollten.¹²⁶⁹ Anschließend sollten die Berichte offengelegt werden. Es bietet sich an, die bei Einführung der Konzernierungsklausel zu erstellenden Berichte zusammen mit den Eintragungsunterlagen bei der Registerbehörde einzureichen und die periodischen Berichte bei der für die Veröffentlichung von Jahresabschlüssen zuständigen Stelle.¹²⁷⁰ Eine Zuleitung des im Zuge der Konzerneingangskontrolle erstellten Berichts an etwaige Arbeitnehmervertreter oder Arbeitnehmer der Tochter-SPE ist entbehrlich, weil die Konzernierung keine Auswirkungen auf den Bestand der Tochter-SPE hat.

Der durch den SPE-VOE-HU vermittelte Schutzstandard ist unzureichend, weil die beteiligten SPEs bzw. deren Organmitglieder nicht verpflichtet sind, die prognostizierten und tatsächlichen Auswirkungen einer Konzernausrichtung zu prüfen und über das Prüfungsergebnis Rechenschaft abzulegen.

(5) Organhaftung

Die Organmitglieder der Tochter- und Mutter-SPE haften für Handlungen im Konzerninteresse nur nach den allgemeinen Grundsätzen mitgliedstaatlichen Rechts.¹²⁷¹ Allerdings können auch auf Basis dieser allgemeinen Grundsätze Sorgfaltsmaßstäbe und Haftungsfolgen eruiert werden, ohne dass es besonderer konzernbedingter

¹²⁶⁷ Vgl. unter soeben (3).

¹²⁶⁸ In diese Richtung auch *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 297, 299; vgl. unter vorstehend 1. f).

¹²⁶⁹ In diese Richtung auch *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 297, 299; vgl. unter vorstehend 1. f).

¹²⁷⁰ Für Hinterlegung stets bei der Registerbehörde *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 297, 299; vgl. unter vorstehend 1. f).

¹²⁷¹ Vgl. Kapitel 5 C. II. 3. sowie unter vorstehend II. 4.

Haftungstatbestände bedarf. Mithin ist der durch den SPE-VOE-HU vermittelte Gläubigerschutz im Hinblick auf die Organhaftung ausreichend, selbst wenn einheitliche unionsrechtliche Maßstäbe wünschenswert wären. Diese Wertung widerspricht den im deutschen Vertragskonzernrecht und in der Literatur vorgenommenen Wertungen, die besondere Sorgfaltsmaßstäbe bzw. besondere Haftungsnormen favorisieren.¹²⁷²

(6) Gläubigerschutz auf Ebene der Mutter-SPE

Die Gläubiger der Mutter-SPE laufen möglicherweise Gefahr, dass Vermögenswerte der Mutter-SPE in eine Tochter-SPE verlagert werden, während sich die Mutter-SPE ihren Zugriff auf die Vermögenswerte durch eine Konzernausrichtung der Tochter-SPE sichert. Auf Basis des SPE-VOE-HU genießen diese Gläubiger allerdings keinen Schutz, mit Ausnahme der Regelungen zur Publizität und Registerkontrolle auf Ebene der Tochter-SPE.¹²⁷³ Dadurch sind sie auf einen eigenverantwortlichen Selbstschutz verwiesen. Abgesehen davon haften die Organmitglieder der Mutter-SPE auf Basis des SPE-VOE-HU für Handlungen im Konzerninteresse nur nach den allgemeinen Grundsätzen mitgliedstaatlichen Rechts.¹²⁷⁴

Ein allgemeiner Schutz vor Vermögensverlagerungen erscheint überzogen – selbst wenn eine Konzernausrichtung die Gefahren für Gläubiger einer Muttergesellschaft erhöhen mag. Daher ist es unschädlich, dass der SPE-VOE-HU die Gläubiger der Mutter-SPE nicht speziell schützt. Allerdings profitieren die Gläubiger der Mutter-SPE von einem effektiven Gläubigerschutz auf Ebene der Tochter-SPE. Mithin sind die auf Ebene der Tochter-SPE geforderten Gläubigerschutzinstrumente¹²⁷⁵ auch aus Sicht der Gläubiger der Mutter-SPE zu fordern. Folglich ist der SPE-VOE-HU mit den im Hinblick auf die Tochter-Gläubiger genannten Argumenten als unzureichend anzusehen.

b) Schutz von Minderheitsgesellschaftern

(1) Erforderlichkeit eines Minderheitenschutzes

Jenseits des Gläubigerschutzes können Schutzinstrumente nur dann erforderlich sein, wenn die Tochter-SPE nicht im Alleinbesitz gehalten wird und daher Minderheitsgesellschafter vorhanden sind.¹²⁷⁶ Etwaige Minderheitsgesellschafter der Tochter-SPE werden durch eine Konzernausrichtung in ihren Interessen gefährdet, weil die Tochter-SPE nicht lediglich ihre ureigensten Interessen verfolgt. Aber auch etwaige Minderheitsgesellschafter der Mutter-SPE können benachteiligt werden, indem Vermögen bzw. Kompetenzen in die Tochter-SPE verlagert werden.¹²⁷⁷

Sofern ein effektiver Gläubigerschutz sichergestellt ist, profitieren auch die Minderheitsgesellschafter davon. Aus diesem Grund sind die zu fordernden Gläubigerschutzinstrumente¹²⁷⁸ auch aus Sicht der Minderheitsgesell-

¹²⁷² Vgl. unter vorstehend 1. a) und f).

¹²⁷³ Vgl. unter vorstehend II. 6.

¹²⁷⁴ Vgl. Kapitel 5 C. II. 3. sowie unter vorstehend II. 4.

¹²⁷⁵ Vgl. unter vorstehend (1), (2), (3), (4) und (5).

¹²⁷⁶ Allgemein ebenso *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 293 f., 298; ebenso und mit Regelungsvorschlägen *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, p. 75, 97, 99 et seq.

¹²⁷⁷ Vgl. allgemein *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, Rn. 13 ff.

¹²⁷⁸ Vgl. unter vorstehend a).

schafter zu fordern. Sofern der SPE-VOE-HU aus Gläubigersicht unzureichend ist, ist er auch aus Minoritätensicht unzureichend.¹²⁷⁹ Fraglich ist allerdings, ob darüber hinaus Instrumente des Minderheitenschutzes zu fordern sind und der SPE-VOE-HU insofern genügt.

(2) Zuleitungspflicht

Der bei Einführung der Konzernierungsklausel zu fordernde Bericht¹²⁸⁰ vermag seine Wirkungskraft zu erhöhen, wenn er den Minderheitsgesellschaftern zusammen mit den übrigen mit dem Klauselbeschluss zusammenhängenden Dokumenten zugeleitet wird. Denn dann hätten die enthaltenen Informationen noch frühzeitiger Auswirkungen als bei einer nachfolgenden Veröffentlichung. Dadurch würde die Zuleitungspflicht die Interessen der Minderheitsgesellschafter und indirekt auch diejenigen der Gläubiger besonders effektiv schützen. Indem eine Zuleitungspflicht den Schutzstandard stark erhöhen kann, aber lediglich mit unerheblichem Zusatzaufwand verbunden ist, ist sie verhältnismäßig. Da der SPE-VOE-HU keine Zuleitungspflicht enthält, schützt er die Minderheitsgesellschafter nur unzureichend. Diese Wertung deckt sich mit derjenigen des deutschen Vertragskonzernrechts.¹²⁸¹

(3) Abfindungs- und Ausgleichsansprüche sowie Entsendungsrechte

Außerdem könnten die Interessen von Minderheitsgesellschaftern der Tochter-SPE dadurch geschützt werden, dass sie bei Konzernbegründung Abfindungsansprüche, bei Konzerndurchführung Entsendungsrechte bzw. bei Konzernbeendigung Ausgleichsansprüche haben. Allerdings können sie ihre Zustimmung zur konzernierten Gründung bzw. zur späteren Einführung einer Konzernierungsklausel davon abhängig machen, dass ihnen derartige Rechte eingeräumt werden.¹²⁸² Außerdem könnten sie sich ausbedingen, Vertreter ihrer Interessen in das Aufsichtsorgan der Tochter-SPE zu entsenden.¹²⁸³

Diese Möglichkeiten eines eigenverantwortlichen Selbstschutzes¹²⁸⁴ könnten allenfalls durch bestimmte Quoren für die Beschlussfähigkeit bzw. bestimmte Mehrheitsschwellen für die Beschlussfassung im Rahmen einer späteren Einführung einer Konzernierungsklausel unterlaufen werden. Hiervor schützt die Minderheitsgesellschafter aber der unionsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.¹²⁸⁵ Folglich ist es unschädlich, dass der SPE-VOE-HU keine Abfindungs- oder Ausgleichsansprüche bzw. Entsendungsrechte vorsieht. Diese Wertung bleibt hinter

¹²⁷⁹ Vgl. unter vorstehend a).

¹²⁸⁰ Vgl. unter vorstehend a) (4).

¹²⁸¹ Vgl. unter vorstehend 1. a).

¹²⁸² In diese Richtung auch *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 293 f., 298; *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, S. 75, 93.

¹²⁸³ In diese Richtung auch *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 293 f., 298; *ders.*, ZIP 2013, 1645, 1649 f.; *Conac*, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD, S. 75, 93.

¹²⁸⁴ Zu Regelungen des Innenverhältnisses *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 14; zum privatautonomen Konzerneingangsschutz *Kirchhof/Lwowski/Stürner*, in: MüKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 62; vgl. auch Artt. 14 Abs. 3, 15 Abs. 1a lit. ba, 28 Abs. 2, 29, 30 SPE-VOE-HU, VOE-HU-Anhang I Nrn. 9, 12, 15, 21, 22 und 23, sowie SPE-VOE-HU Erwägung 13 (S. 12); vgl. auch *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 66 – unter Hinweis auf Art. 2 Nr. 3, Art. 20 Nr. 2 und Art. 21 Nr. 2 SPE-VOE-CREDA 1997; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279 f., 282 (Art. 2 Nr. 3 wird Nr. 4, Art. 20 Nr. 2 als Nr. 3 neu gefasst); in diese Richtung auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 187, 223; vgl. auch *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 95 et seq.; allgemein und in historischer Auslegung des SPE-VOE-SE *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 29, 35 ff., 62; aus rechtsökonomischer Sicht *Eidenmüller*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 4, 14.

¹²⁸⁵ Vgl. unter vorstehend II. 1.

derjenigen des deutschen Vertragskonzernrechts und des *Forum Europaeum Konzernrecht* zurück, entspricht aber derjenigen der übrigen nationalen Konzernrechte bzw. der übrigen Expertenmeinungen.¹²⁸⁶

(4) Beteiligung auf Ebene der Mutter-SPE

Die Minderheitsgesellschafter der Mutter-SPE würden zusätzlich geschützt, wenn die Gesellschafterversammlung der Mutter-SPE der Konzernausrichtung der Tochter-SPE zustimmen müsste. Umgekehrt würden Konzernierungen durch den zusätzlichen Verfahrensaufwand und das Risiko von Zustimmungsverweigerungen erschwert.¹²⁸⁷

c) Zwischenfazit: Unzureichender Schutzstandard

Der Schutzstandard des SPE-VOE-HU ist zunächst aus Gläubigersicht unzureichend. Die Erfordernisse einer Publizität und Registerkontrolle sind grundsätzlich zwar zu begrüßen, im Ergebnis aber unzureichend ausgestaltet. Außerdem ist zu beanstanden, dass keine Berichtspflichten bestehen. Ein besonders schwerwiegender Mangel liegt aber darin begründet, dass es auf Basis des SPE-VOE-HU an einer notwendigen Gesellschafterhaftung neben den Publizitäts- und Kontrollpflichten fehlt.

Aber auch aus Sicht etwaiger Minderheitsgesellschafter genügt der im SPE-VOE-HU angelegte Schutzstandard nicht. Sofern allerdings die aus Gläubigersicht zu fordernden Schutzinstrumente installiert werden, hebt das auch den Minderheitenschutz auf ein hinreichendes Niveau. Zusätzlich ist lediglich zu fordern, dass die bei Einführung einer Konzernierungsklausel zu erstellenden Berichte den Minderheitsgesellschaftern zugeleitet werden.

IV. Folgen für die Eigen- bzw. Konzerninteressen im SPE-Konzern

1. Lückenhafter Schutzstandard

Die auf Basis des SPE-VOE-HU bestehenden Gläubiger- und Minderheitenschutzinstrumente sind für eine Konzernausrichtung von Tochter-SPEs unzureichend.¹²⁸⁸ Dies überrascht insofern, als der Ordnungsgeber den Gläubiger-¹²⁸⁹ und Minderheitenschutz¹²⁹⁰ im Übrigen sehr detailliert regelt bzw. erläutert. Außerdem verwun-

¹²⁸⁶ Vgl. unter vorstehend 1.

¹²⁸⁷ Zu Konzepten, die einen Gesellschafterbeschluss auf Ebene der Mutter fordern, vgl. vorstehend 1. a) und b).

¹²⁸⁸ Vgl. unter vorstehend 2. c).

¹²⁸⁹ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 7a und 15 (S. 9, 12), Art. 37 (grenzüberschreitende Sitzverlegung); Erwägung 8 (S. 10), Artt. 10, 12 (Registereintragung); Erwägung 11, Artt. 2 Abs. 1 lit. c, 11 Abs. 2 lit. d, 21, 22, 28 Abs. 1 lit. e, Abs. 6, Anhang I Nr. 6 (Ausschüttungen); Erwägung 12 (S. 11), Artt. 24, 28 Abs. 1 lit. h, Abs. 6, Anhang I Nr. 20 (Kapitalherabsetzungen); Erwägung 14a (S. 12; *financial assistance*); Artt. 3 Abs. 1, 11 Abs. 2 lit. c, 15 Abs. 1a lit. e, f, Abs. 6, 16 Abs. 3, 19, 20, Anhang I NRn. 4 und 5 (Stammkapital und Einlagen); Art. 5b Abs. 4 lit. f, Abs. 5, Abs. 7, Abs. 9, Art. 9 Abs. 2 lit. m (Umwandlungsgründung); Erwägung 7 (S. 9), Artt. 5 lit. c, 9 Abs. 2 lit. ma (Verschmelzungsgründung); Artt. 23, 28 Abs. 1 lit. f, Abs. 6, Anhang I Nr. 7 (eigene Geschäftsanteile); Art. 26 Abs. 1 (Jahresabschlüsse); Art. 28 Abs. 1 lit. g, Anhang I Nr. 8 (Kapitalerhöhungen); Erwägung 6 (S. 8), Artt. 36 Abs. 2, 41 Abs. 2 (Insolvenz); Art. 15 Abs. 6 (Gesellschafterverzeichnis).

¹²⁹⁰ I. E. offen *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 79, 81 ff., 112; vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 13 (S. 12; Minderheitenschutz durch Satzungsregelungen, qualifizierte Mehrheitserfordernisse und Gleichbehandlungsgrundsatz); Erwägung 7 (S. 9), Art. 5b Abs. 4 lit. f, 5, 7-9 und Art. 9 Abs. 2 lit. m (Umwandlungsgründung); Erwägung 7 (S. 9), Art. 9 Abs. 2 lit. m und ma (Ver-

dert es deshalb, weil die Konzernierung nach Vorstellung des Ordnungsgebers ein genuines Charakteristikum der SPE ist.¹²⁹¹ Aus diesen Gründen ist nicht davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber den Gläubiger- und Minderheitenschutz für Konzernausrichtungen abschließend regeln wollte und daher eine Ergänzung vorhandener Schutzinstrumente ablehnt. Vielmehr ist der durch den SPE-VOE-HU vorgegebene Schutzstandard lückenhaft und es ist fraglich, ob diese Lücke auf unions- oder nationalrechtlicher Ebene zu schließen ist.¹²⁹²

2. Lückenfüllung auf Unionsrechtsebene

Bevor ein nationalrechtlicher Lückenschluss in Betracht kommt, muss ein unionsrechtlicher Lückenschluss versucht werden.¹²⁹³

a) Regelgeleitete Analogien bzw. allgemeine Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts

Möglicherweise kann der Gläubiger- und Minderheitenschutz für Konzernausrichtungen mithilfe regelgeleiteter Analogien bzw. *allgemeiner Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts* vervollständigt werden. Hierfür ist erforderlich, dass der SPE-VOE-HU bzw. das Europäische Gesellschaftsrecht einen hinreichend verfestigten und deutlichen Regelungsbestand enthalten, der sich aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage auf die Konzernausrichtung von SPEs übertragen lässt.¹²⁹⁴

Es kommt in Betracht, die im SPE-VOE-HU und im Europäischen Gesellschaftsrecht vorhandenen Regelungen zu Formwechseln, zu identitätswahrenden grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegungen als grenzüberschreitenden Formwechseln, zu Verschmelzungen sowie zu Spaltungen auf die Konzernausrichtung von SPEs zu übertragen. Denn die Ausrichtung auf ein Konzerninteresse könnte wegen ihrer einschneidenden Folgen für Minderheitsgesellschafter und Gläubiger als Strukturmaßnahme zu qualifizieren sein. *Strukturmaßnahmen* sind Maßnahmen, die grundlegende Auswirkungen auf die Organisations- und Kapitalstruktur der Gesellschaft haben und daher einen besonderen Gläubiger- und Minderheitenschutz erfordern. Als solche Strukturmaßnahmen werden herkömmlicherweise der Formwechsel und die identitätswahrende grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung als grenzüberschreitender Formwechsel anerkannt, aber auch die Verschmelzung und die Spaltung.¹²⁹⁵ Die Harmonisierungsrichtlinien¹²⁹⁶ und die Verordnungen zur Einführung supranationaler Gesellschaften¹²⁹⁷ sehen für

schmelzungsgründung); Erwägungen 7a und 15 (S. 9, 12), Art. 37 Abs. 1 lit. fa, 2, 3, 5 (grenzüberschreitende Sitzverlegung); Erwägung 8 (S. 10), Art. 10 (Registereintragung); Erwägung 14a (S. 12; Ausschluss und Ausscheiden); Art. 14 Abs. 3 (Änderungen bei Sonderrechten und -pflichten); Art. 15 (Gesellschafterverzeichnis); Art. 16 Abs. 2 (Vinkulierungen); Artt. 23 Abs. 3, 28 Abs. 1 lit. f, Abs. 6, Anhang I Nr. 7 (eigene Geschäftsanteile); Art. 28 Abs. 2, Anhang I Nr. 10 (qualifizierte Mehrheitserfordernisse); Artt. 28 Abs. 3, 29, Anhang I NRn. 12, 15 und 21 (Information); Artt. 14 Abs. 3, 28 Abs. 4 (Beschlussmängel); Art. 30, Anhang I NRn. 22 und 23 (Beschlussbeantragung und Einberufung der Gesellschafterversammlung); Anhang I Nr. 9 (Beschlussverfahren); Anhang I Nr. 10 (zusätzliche Beschlussgegenstände).

¹²⁹¹ Vgl. Kapitel 2 B.

¹²⁹² Dazu allgemein Kapitel 4 C.

¹²⁹³ Vgl. Kapitel 4 D. III.

¹²⁹⁴ Vgl. Kapitel 4 D. II. 1. und 2.

¹²⁹⁵ Vgl. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 878; *Wicke*, GmbHG, § 53 Rn. 3; *Kubis*, in: MüKo-AktG, § 119 Rn. 13 f.; *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: *Grundmann/Systembildung und Systemlücken*, S. 259, 264 f., 271 f., 277 ff., 281 f.

¹²⁹⁶ Verschmelzungsrichtlinie, Spaltungsrichtlinie, Übernahmerichtlinie, Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie, Sitzverlegungsrichtlinien-Entwurf, SUP-RLE-K.

¹²⁹⁷ SE-VO, SCE-VO, FE-VOE, SPE-VOE-HU.

Strukturmaßnahmen einheitlich ein Konzept aus privatautonomem Instrumenten, Information und unabhängiger Kontrolle vor.¹²⁹⁸ Darf bzw. muss die Geschäftsleitung einer Tochtergesellschaft im Konzerninteresse handeln, hat dies Elemente einer Verschmelzung auf Zeit¹²⁹⁹ und dadurch nachhaltige Auswirkungen auf die Organisations- und Finanzverfassung der Tochtergesellschaft.¹³⁰⁰ Zwar führt die Konzernierung anders als die Fusion nicht zu einer *rechtlichen* Vereinheitlichung, da die Tochtergesellschaft als gesondertes Rechtssubjekt bestehen bleibt.¹³⁰¹ Allerdings hat sie die *tatsächliche* bzw. *wirtschaftliche* Konzentration zum Ziel, indem das wirtschaftliche Risiko und unter Umständen auch die Leitung auf die Konzernspitze übergehen. Ändert die Konzernierung die Organisations- und Finanzverfassung, ist sie außerdem einem Formwechsel auf Zeit vergleichbar. Indem der Verordnungsgeber Unternehmensübernahmen und SE-Holdinggründungen ebenfalls als Strukturmaßnahmen begreift, unterstreicht er die Einreihung der Konzernierung in den Kreis der Strukturmaßnahmen. Denn diese beiden Fälle sind nichts anderes als Spezialfälle einer Gruppenbildung.

In einer Gesamtschau der bisherigen und geplanten Gesetzgebungsakte des Verordnungsgebers¹³⁰² könnte sich ein *Europäisches Modell für Strukturmaßnahmen* zeigen,¹³⁰³ das durch die *EuGH*-Rechtsprechung unterstrichen wird¹³⁰⁴ und auf die Konzernierung der SPE zu übertragen ist. Zwar kombiniert der Unionsgesetzgeber bei Verschmelzungen,¹³⁰⁵ Formwechseln,¹³⁰⁶ grenzüberschreitenden Sitzverlegungen,¹³⁰⁷ Spaltungen,¹³⁰⁸ Übernah-

¹²⁹⁸ Ähnlich bereits die Eltern des SPE-VOE-CREDA, vgl. *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 67, unter Verweis auf Artt. 7, 8, 9 und 37 SPE-VOE-CREDA 1997; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279, 280, 284 (Artt. 7, 8, 9 geändert, Art. 37 neu numeriert als Art. 33); zum SPE-VOE-SE *Hommelhoff/Teichmann*, in: FS Hopt, S. 849, 856 ff., 866 ff.; allgemein *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann/Systembildung und Systemlücken, S. 259, 272 ff.; zur Abfindung bei Ausschlüssen und Austritten nach dem SPE-VOE-K und SPE-VOE-P vgl. *Buddemeier*, Ausschluss und Austritt, S. 22 f.; zu Instrumenten jenseits des Gesellschaftsrechts vgl. *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann/Systembildung und Systemlücken, S. 259, 274 f., 277, 279 f.

¹²⁹⁹ So *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 744; ähnlich *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann/Systembildung und Systemlücken, S. 259, 264 f., 277 ff.

¹³⁰⁰ Vgl. unter vorstehend B.

¹³⁰¹ Wohl in diese Richtung zu verstehen *Druey*, in: FS Hommelhoff, S. 135, 156.

¹³⁰² Vgl. auch *Kommission*, Aktionsplan 2012, Ziff. 4.3 (S. 15), Ziff. 5 (S. 17); *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 795 ff.; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 90 f., 119 ff.

¹³⁰³ So *Bachmann*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 183, 191 ff.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 21, Rn. 3, 24, § 22 Rn. 2, 23, § 23 Rn. 3, 26, § 41 Rn. 36, 50, 63, 171, § 42 Rn. 22, § 43 Rn. 38; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 49, 878; *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann/Systembildung und Systemlücken, S. 259, 264 f., 267, 271 f., 274 f., 277 ff., 280 ff.; *Kubis*, in: MÜKo-AktG, § 119 Rn. 13 f.; in dieselbe Richtung *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1759; *Behme*, NZG 2012, 936, 939 (m. w. N. in Fn. 33); *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1488, 1490; *Teichmann*, DB 2012, 2085, 2091; *Schmidt*, GmbHR 2013, R33; *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 299, vgl. aber S. 307; *Veil*, in: FS Priester, S. 799, 812 f. – europäisches Strukturänderungsrecht; in diese Richtung auch *Oplustil*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 63, 64; allgemein und in Bezug auf eine Treuepflicht ähnlich *Pläster*, Treuepflicht, S. 34 f.

¹³⁰⁴ So *Wöhlert/Degen*, GWR 2012, 432 ff.; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1485, 1488; in dieselbe Richtung *Rubner/Leuring*, NJW-Spezial 2012, 527 f.; *Schopper/Skarics*, NZ 2012, 321, 322, 325, 332; *Stöber*, ZIP 2012, 1273, 1276 f.; *Teichmann*, DB 2012, 2085, 2086 ff. – der übrigens häufig allgemeiner von *Strukturmaßnahmen* spricht; vgl. auch *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1757 f.; *Braun*, DZWIR 2012, 411, 413; *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 2701, 2702; *Behme*, NZG 2012, 936, 938.

¹³⁰⁵ Vgl. Art. 5, Art. 9, Art. 13 Verschmelzungsrichtlinie; Art. 5, Art. 7 Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie; Art. 2 Abs. 4, Art. 20, Art. 24 SE-VO; Erwägung 13, Art. 2 Abs. 1, Art. 19, Art. 22 Abs. 1 ff., Art. 23, Art. 28 Abs. 1 SCE-VO; Art. 15 Abs. 2, Art. 36 Abs. 2, Art. 37 Abs. 1 und 2 FE-VOE; Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie; Art. 9 Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie; Art. 2 Abs. 4, Art. 23 Abs. 1 SE-VO; Art. 27 Abs. 1 SCE-VO; Erwägung 7 (S. 9), Art. 9 Abs. 2 lit. ma, Art. 40; sowie Art. 9 Abs. 2 lit. m SPE-VOE-HU; Art. 6, Art. 11, Art. 18 Verschmelzungsrichtlinie; Art. 6 ff. Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie; Art. 2 Abs. 4, Art. 21 SE-VO; Art. 24, Art. 25, Art. 32 SCE-VO; Art. 4, Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 1, Art. 23 Abs. 4 FE-VOE; Art. 5 lit. c SPE-VOE-HU; Art. 10, Art. 16 Verschmelzungsrichtlinie; Art. 8, Artt. 10 ff.

men¹³⁰⁹ und SE-Holdinggründungen¹³¹⁰ Instrumente erstens der privatautonomen Gestaltung und der Zustimmung des höchsten Gesellschaftsorgans, zweitens der Information bzw. Publizität und drittens der unabhängigen Kontrolle. Trotz der zugegebenermaßen strukturell weitestgehend übereinstimmenden Regelungen ist der Regelungsbestand aber noch nicht derart verfestigt, dass sich klar und eindeutig einheitliche Regelungen für die verschiedenen Strukturmaßnahmen ergäben. Auch machen die Regelungen nicht deutlich, ob und inwiefern Verschmelzungen, Formwechsel, grenzüberschreitende Sitzverlegungen, Spaltungen, Übernahmen und SE-Holdinggründungen tatsächlich miteinander vergleichbar sind, so dass überhaupt von einem übergreifenden System bzw. Modell für Strukturmaßnahmen gesprochen werden kann. Selbst wenn sich ein übergreifendes System für die geregelten Strukturmaßnahmen klar und deutlich aus dem Unionsrecht ergäbe, ist sehr zweifelhaft, ob und inwiefern sich dieses Modell auf den SPE-Konzern übertragen lässt. Denn der Unionsgesetzgeber äußert sich an keiner Stelle ausdrücklich dazu, ob und inwiefern er Konzernausrichtungen von SPEs als zulässig erachtet. Erst recht ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, ob und inwiefern er Konzernausrichtungen als Strukturmaßnahme begreift. Selbst wenn allerdings Indizien vorhanden wären, so bleibt noch immer fraglich, ob und inwiefern die Interessenlagen bei geregelten Strukturmaßnahmen mit den bei Konzernausrichtungen vorzufindenden Interessenlagen vergleichbar sind. Mithin enthalten der SPE-VOE-HU bzw. das Europäische Gesellschaftsrecht keinen hinreichend verfestigten und deutlichen Regelungsbestand, der sich aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage auf die Konzernausrichtung von SPEs übertragen lässt.

Folglich kann der Gläubiger- und Minderheitenschutz für Konzernausrichtungen auf Unionsrechtsebene nicht mithilfe regelgeleiteter Analogien bzw. *allgemeiner Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts* vervollständigt werden.

b) Satzungsunionsrecht

Die Schutzlücken im Unionsrecht¹³¹¹ könnten auf unionsrechtlicher Ebene¹³¹² aber auch durch Satzungsregelun-

Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie; Art. 2 Abs. 4, Art. 22, Artt. 25 ff. SE-VO; Art. 26, Artt. 29 ff. SCE-VO; Art. 15 Abs. 1, 4 und 5, Art. 21, Art. 22, Art. 23 Abs. 1 lit. i, Abs. 3 FE-VOE; Art. 9 Abs. 2 lit. m, ma SPE-VOE-HU.

¹³⁰⁶ In den europäischen Rechtsakten *Umwandlung* bzw. *transformation* genannt; vgl. Art. 66, Art. 37 Abs. 4 SE-VO; Art. 76 SCE-VO; Art. 18 Abs. 2, Art. 40, Art. 41, Art. 42 Abs. 2 FE-VOE; Art. 9 Abs. 2 lit. m SPE-VOE-HU; Art. 37 Abs. 5 und 7 SE-VO; Art. 35 Abs. 6 SCE-VO; Art. 17 Abs. 2, Art. 42 Abs. 2 FE-VOE; Erwägung 7 (S. 9), Art. 5b Abs. 4 lit. f, Abs. 5, Abs. 8, Abs. 9 und Abs. 12, Art. 40; Art. 9 Abs. 2 lit. m SPE-VOE-HU; Art. 37 Abs. 5 SE-VO; Art. 35 Abs. 4 SCE-VO; Art. 4, 18 Abs. 1, Art. 23 Abs. 4, Art. 42 Abs. 5 FE-VOE; Art. 5b Abs. 5 und 7, Art. 11 SPE-VOE-HU; Art. 37 Abs. 6 und 9 SE-VO; Art. 35 Abs. 5 SCE-VO; Art. 18 Abs. 1, Art. 21, Art. 22, Art. 23 Abs. 1 lit. j, Abs. 3, Art. 42 Abs. 1, 3 und 4 FE-VOE; Art. 9 Abs. 2 lit. m SPE-VOE-HU; Artt. 9, 23 SUP-RLE-K.

¹³⁰⁷ Vgl. Erwägung 24, Art. 8 Abs. 2, 3, 7 und 15 SE-VO; Art. 35 Abs. 3 SCE-VO; Art. 8 Abs. 6, Art. 59 Abs. 1 SE-VO; Art. 20 Abs. 1 FE-VOE; Erwägung 7a (S. 9), Art. 36 Abs. 2, Art. 37 Abs. 1 lit. fa, Abs. 2 und Abs. 5; Art. 28 Abs. 1 lit. k, Abs. 2 SPE-VOE-HU; Erwägung 24, Art. 8 Abs. 4 – 6 und 13, Art. 14, Art. 59 Abs. 3 SE-VO; Art. 24 SCE-VO; Art. 18 Abs. 1, 4 und 5, Art. 24 Abs. 3, Art. 36 Abs. 4 FE-VOE; Erwägung 15 (S. 12), Art. 11, Art. 28 Abs. 1 lit. k und Abs. 6, Art. 37 Abs. 2 und 3, Art. 38 Abs. 7 SPE-VOE-HU; Art. 8 Abs. 7 ff. SE-VO; Art. 61 Abs. 4 SCE-VO; Art. 37 Abs. 3 ff. FE-VOE; Erwägung 15 (S. 12), Art. 38 SPE-VOE-HU.

¹³⁰⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 7, Art. 12, Art. 5, Art. 4, Art. 9, Art. 16, Art. 8, Art. 14, Art. 23 Spaltungsrichtlinie.

¹³⁰⁹ Vgl. Erwägungen 1, 9 und 19, Art. 3 Abs. 1 lit. a, Art. 5 Abs. 1, Art. 9, Erwägungen 12, 13, 15, 17, 18 und 25, Art. 3 Abs. 1 lit. b, Art. 6, Art. 8, Art. 9 Abs. 5, Art. 10, Erwägung 5, Art. 3 Abs. 2 Übernahmerichtlinie.

¹³¹⁰ Vgl. Art. 2 Abs. 2, Art. 32 Abs. 2 und 3 SE-VO; Art. 2 Abs. 2, Art. 32 Abs. 3 SE-VO; Art. 2 Abs. 2, Art. 32 Abs. 4, Art. 33 Abs. 5 SE-VO.

¹³¹¹ Vgl. unter vorstehend 1.

gen geschlossen werden, die auf Regelungsaufträgen beruhen.

(1) Konzernausrichtung im Unternehmensgegenstand

Der Satzungsgeber könnte eine Konzernierungsregelung im Unternehmensgegenstand gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU¹³¹³ mit Instrumenten des Minoritäten- und Gläubigerschutzes flankieren. Die Satzungsregelung unterliegt dem Unionsrecht¹³¹⁴ und muss sich allein daran messen lassen.¹³¹⁵ Dementsprechend darf sie das Verordnungsunionsrecht auch verschärfen.¹³¹⁶

(a) Publizität

Zunächst müsste die Satzungsregelung die im Verordnungsunionsrecht vorhandene Publizitätsschutzlücke ausgleichen, dass weder die Satzung, noch die ggf. erforderliche Beschlussveröffentlichung, noch die Registeranmeldung, noch die Registereintragung eine etwaige Konzernierung besonders hervorheben.¹³¹⁷ In der Gründungssatzung bzw. bestätigten Satzungsneufassung könnten die Unternehmen die Konzernierungsklausel optisch z. B. durch Fettdruck und Unterstreichung hervorheben. Erfolgt die Konzernausrichtung durch Satzungsänderung, könnte die erforderliche Beschlussveröffentlichung durch einen gesonderten und ausdrücklichen Hinweis auf die Konzernierungsklausel ergänzt werden. Wenn sie eine neu gegründete Tochter-SPE bzw. eine Änderungssatzung zur Eintragung beim Registergericht anmelden, ist es der Geschäftsleitung unbenommen, in die Registeranmeldung einen gesonderten und expliziten Hinweis auf die Konzernierungsklausel aufzunehmen. Das Registergericht könnte die Eintragung der SPE bzw. der Satzungsänderung davon abhängig machen, dass die Satzung, die ggf. erforderliche Beschlussveröffentlichung und die Registeranmeldung derartige Hinweise auf die Konzernierungsklausel aufweisen. Das Verordnungsunionsrecht enthält allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass derartige Hinweise möglich bzw. für eine Konzernausrichtung gar gefordert sind. Aufgrund der entstehenden Rechtsunsicherheit widerspräche das Vorgehen dem intendierten *effet utile* der SPE-VO, so dass die Zulässigkeit des Vorgehens sehr zweifelhaft ist. Noch mehr spricht aber gegen ein solches Vorgehen, dass Artt. 9 Abs. 2, 9a Abs. 1 SPE-VOE-HU einen abschließenden Katalog¹³¹⁸ darüber enthält, welche Angaben und Dokumente für die Registereintragung gefordert und gemäß Artt. 9 Abs. 4, 9a Abs. 2 SPE-VOE-HU zum Gegenstand der Eintragungskontrolle gemacht werden dürfen. Wegen der bewusst abschließenden Verordnungsregelungen wäre es also sogar unzulässig, von den Unternehmen den Nachweis gesonderter Hinweise auf eine Konzernierungsklausel zu verlangen. Selbst wenn aber solche Hinweise verlangt werden dürften, ist sehr fraglich, auf welcher Grundlage die Registerbehörde einen gesonderten Hinweis auf die Konzernierung in das Register eintragen dürfte. Mangels Anhaltspunkten im SPE-VOE-HU für gesonderte Hinweise auf Konzernierungen ist mehr als unsicher, ob die Mitgliedstaaten in ihren SPE-Ausführungsgesetzen entsprechende registerrechtliche Regelungen treffen dürfen und werden. Folglich können die Unternehmen die im Verordnungsunionsrecht vorhandene Publizitätsschutzlücke nicht privatautonom ausgleichen.

¹³¹² Dazu allgemein Kapitel 3 A. III., Kapitel 4 C. und D.

¹³¹³ Vgl. unter vorstehend C. II. 1.

¹³¹⁴ Dazu allgemein Kapitel 3 B. II.

¹³¹⁵ Dazu allgemein Kapitel 3 B. III. 2. c).

¹³¹⁶ Dazu allgemein Kapitel 3 B. III. 4.

¹³¹⁷ Vgl. unter vorstehend III. 2. a) (1), b) (1).

¹³¹⁸ So auch *Oplustil*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 63, 75.

(b) Registerkontrolle

Außerdem war am Verordnungsunionsrecht zu beanstanden, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, nach welchen Maßstäben Konzernierungsklauseln im Rahmen der Registerkontrolle zu beurteilen und ggf. als rechtmäßig einzustufen sind.¹³¹⁹ Zwar kann der Satzungsgeber den Unternehmensgegenstand gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU derart formulieren, dass aus der Satzungsnorm heraus verständlich und abgrenzbar ist, was erlaubt ist und was nicht. Dadurch würde eine im Unternehmensgegenstand enthaltene Konzernierungsklausel einen angemessenen Detaillierungs- und Konkretisierungsgrad aufweisen. Aber auch dann bleibt völlig unklar, wie die Registerbehörde die Klausel einschätzen darf, muss und wird. Mithin können die Unternehmen auch diese im Verordnungsunionsrecht vorhandene Schutzlücke nicht privatautonom ausgleichen.

(c) Berichts- und Zuleitungspflichten

Zusätzlich bestand eine Schutzlücke darin, dass das Verordnungsunionsrecht keine Berichts- und entsprechenden Zuleitungspflichten vorsieht.¹³²⁰ Freilich können die Unternehmen durchaus Berichte über die Auswirkungen der Konzernierungsklausel erstellen und den Gesellschaftern bzw. Organmitgliedern zuleiten. Indem das Verordnungsunionsrecht allerdings keine Anhaltspunkte für solche Berichts- und Zuleitungspflichten enthält, bleibt jedoch unklar und unsicher, mit welchem Inhalt und wann Berichte erstellt und wem sie wann zugeleitet werden müssen. Wie bereits im Zusammenhang mit den Publizitätspflichten erläutert¹³²¹ wäre es unzulässig, von den Unternehmen im Rahmen des Eintragsverfahrens die Vorlage von Berichten und den Nachweis einer Berichtszuleitung bzw. entsprechender Verzichtserklärungen zu verlangen. Sofern eine periodische Berichtsveröffentlichung infrage steht, bleibt unklar und unsicher, ob und unter welchen Voraussetzungen die nationalen Veröffentlichungsstellen die Berichte überhaupt annehmen und veröffentlichen. Außerdem besteht kein Sanktionsmechanismus für mangelnde, verspätete oder fehlerhafte Veröffentlichungen. Mangels Anhaltspunkten im SPE-VOE-HU für Berichtspflichten ist mehr als unsicher, ob die Mitgliedstaaten in ihren SPE-Ausführungsgesetzen gemäß Art. 45 SPE-VOE-HU entsprechende Sanktionen vorsehen dürfen und werden. Aus diesen Gründen können die Unternehmen auch diese im Verordnungsunionsrecht vorhandene Schutzlücke nicht privatautonom ausgleichen.

(d) Gesellschafterhaftung

Ein besonders schwerwiegender Mangel des Verordnungsunionsrechts lag aber darin begründet, dass es keinen Tatbestand für eine konzernbedingte Gesellschafterhaftung enthält.¹³²² Für eine solche Gesellschafterhaftung sind prinzipiell verschiedenste Anlässe, Intensitäten und Anspruchsinhaber denkbar.¹³²³ Die Unternehmen könnten z. B. überlegen, ein bestimmtes nationales Konzernrecht privatautonom zu adoptieren und mithilfe des Satzungsunionsrechts unionsweit einheitlich festzuschreiben. Der Regelungsauftrag in Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU und die übrigen Regelungsaufträge und Wahlrechte im SPE-VOE-HU könnten einen entsprechenden Regelungsbereich und Gestaltungsspielraum eröffnen. Allerdings zeigt ein Vergleich der verschiedenen Konzern-

¹³¹⁹ Vgl. unter vorstehend III. 2. a) (2), b) (1).

¹³²⁰ Vgl. unter vorstehend III. 2. a) (4), b) (1) und (2).

¹³²¹ Vgl. unter vorstehend (a).

¹³²² Vgl. unter vorstehend III. 2. a) (3), b) (1).

¹³²³ Vgl. unter vorstehend II. 5. a).

rechts-Konzepte und Vorschläge hierfür, dass es auf Unionsrechtsebene völlig unklar ist und daher rechtspolitisch diskutiert werden muss, welcher Schutzstandard nach welchen präzisen Kriterien angemessen ist.¹³²⁴ Aus diesem Grund und weil der SPE-VOE-HU keine Anhaltspunkte für eine konzernbedingte Gesellschafterhaftung enthält, kann und darf es den Unternehmen nicht überlassen werden, einen derart empfindlichen und zentralen Punkt wie die Gesellschafterhaftung privatautonom auszutarieren. Die unklare Rechtslage provoziert außerdem Schwierigkeiten im Eintragungsverfahren, was den *effet utile* der SPE-VO mindert. Folglich können die Unternehmen auch diese im Verordnungsunionsrecht vorhandene Schutzlücke nicht privatautonom ausgleichen.

(e) Zwischenfazit: Keine Konzernausrichtung im Unternehmensgegenstand

Die Schutzlücke im Unionsrecht kann auf unionsrechtlicher Ebene nicht durch Satzungsregelungen geschlossen werden, die auf dem Regelungsauftrag zum Unternehmensgegenstand in Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU beruhen. Die Gründe hierfür liegen nicht im Regelungsbereich bzw. Gestaltungsspielraum des Regelungsauftrags selbst begründet, sondern in allgemeinen strukturellen Erwägungen zum SPE-VOE-HU.

(2) Konzernausrichtung als Sonderrecht einzelner Gesellschafter

Der Satzungsgeber könnte eine Konzernierung gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU¹³²⁵ begründen, indem er ein Gesellschaftersonderecht schafft. Auch eine solche Satzungsregelung unterliegt dem Unionsrecht¹³²⁶ und muss sich allein daran messen lassen.¹³²⁷ Indem der Regelungsauftrag die Regelung von „*an die Geschäftsanteile geknüpften geldlichen und nicht geldlichen Rechte sowie die mit den Geschäftsanteilen verbundenen Verpflichtungen*“ verlangt, könnte überlegt werden, mit bestimmten Rechten bestimmte Haftungspflichten zu verknüpfen sowie an einen oder mehrere bestimmte Geschäftsanteile zu binden. Auf diese Art würde ein sogenanntes *Pflichtrecht* in der Satzung der Tochter-SPE verankert.¹³²⁸ Das würde aber nicht darüber hinweghelfen, dass der SPE-VOE-HU keine genügenden Anhaltspunkte für die offenen Fragen der Publizität, Registerkontrolle, Berichts- und Zuleitungspflichten sowie Gesellschafterhaftung enthält und aus diesem Grund keine ausreichende Grundlage für eine Schutzlückenschließung mithilfe von Satzungsunionsrecht bietet.¹³²⁹ Folglich können die Schutzlücken mithilfe des Regelungsauftrages in Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU ebenso wenig geschlossen werden wie mithilfe des Regelungsauftrages in Art. 8 Abs. 1 lit. b SPE-VOE-HU.

(3) Konzernausrichtung als Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen

Schließlich könnte der Satzungsgeber eine Konzernierung noch gemäß VOE-HU-Anhang I Nr. 19¹³³⁰ durch die Regelung von *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* begründen. Auch eine solche Sat-

¹³²⁴ Vgl. unter vorstehend III. 1., insbesondere c) und f).

¹³²⁵ Vgl. unter vorstehend C. II. 2.

¹³²⁶ Dazu allgemein Kapitel 3 B. II.

¹³²⁷ Dazu allgemein Kapitel 3 B. III. 2. c).

¹³²⁸ Zum GmbH-Recht *Michalski*, in: *Michalski/GmbHG*, § 3 Rn. 79; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbauch/Hueck/GmbHG*, § 3 Rn. 31 ff.; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, § 37 Rn. 14 f.; zum Recht der englischen Limited *Hannigan*, *Company Law*, mn. 14-16 et seqq.; *Davies*, *Company Law*, pp. 222.

¹³²⁹ Vgl. unter vorstehend III. 2. c) und IV. sowie unter soeben (1).

¹³³⁰ Dazu allgemein unter vorstehend C. II. 3.

zungsregelung unterliegt dem Unionsrecht¹³³¹ und muss sich allein daran messen lassen.¹³³² Die Konzernausrichtung könnte dadurch erfolgen, dass die Satzungsklausel hinreichend detailliert und konkret gefasst ist sowie Ausgleichspflichten und einen Angemessenheitsvorbehalt vorsieht.¹³³³ Es wäre als hinreichend detailliert und konkret anzusehen, wenn entweder die betroffenen *Unternehmen und Personen* durch mindestens abstrakte, zusammenfassende Angaben¹³³⁴ oder die betroffenen *Geschäfte* nach deren Art, Umfang oder Auswirkung abstrakt und zusammenfassend¹³³⁵ spezifiziert werden. Hierdurch könnten aber die offenen Fragen der Publizität, Registerkontrolle, Berichts- und Zuleitungspflichten sowie Gesellschafterhaftung nicht hinreichend geregelt werden.¹³³⁶ Folglich können die Schutzlücken¹³³⁷ mithilfe des Regelungsauftrages in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 ebensowenig geschlossen werden wie mithilfe der anderen Regelungsaufträge.

c) Zwischenfazit: Kein Lückenschluss auf Unionsrechtsebene

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die im SPE-VOE-HU für eine Konzernausrichtung enthaltenen Schutzlücken nicht auf Unionsrechtsebene geschlossen werden können. Mithin sind die Schutzlücken gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU auf Ebene des nationalen Rechts zu schließen.¹³³⁸

3. Lückenfüllung auf nationalrechtlicher Ebene

a) Teilweise oder gänzliche Regelung des Gesellschaftsinteresses durch nationales Recht

Fraglich ist allerdings, ob das nationale Recht lediglich die Schutzlücken füllt, oder ob sich die Frage nach der Konzernausrichtung insgesamt gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nach nationalem Recht richtet. Die Schutzlücken im SPE-VOE-HU könnten dafür sprechen, dass der Verordnungsgeber auch die Konzernausrichtung als solche und nicht lediglich das Schutzinstrumentarium nach Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU mitgliedstaatlichem Recht unterstellen möchte. Dann würde der Regelungsbereich der Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 entgegen dem ersten Anschein¹³³⁹ nicht das Gesellschaftsinteresse umfassen. Der Satzungsgeber könnte die Konzernausrichtung nicht gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU unter Aussperrung des nationalen Rechts unionsweit einheitlich regeln.

Könnte der Satzungsgeber eine SPE unabhängig vom nationalen Recht des Sitzstaates auf ein Konzerninteresse ausrichten und würde er von seinem Recht Gebrauch machen, würde dies *prima facie* die unionsweit einheitliche Konzernierung der SPE und damit den *effet utile* der SPE-VO fördern.¹³⁴⁰ Allerdings verliefte quer durch

¹³³¹ Dazu allgemein Kapitel 3 B. II.

¹³³² Dazu allgemein Kapitel 3 B. III. 2. c).

¹³³³ Insofern nicht unbedingt a. A. *Pläster*, Treuepflicht, S. 98 – Kapitalschutzvorschriften nicht disponibel; ähnlich *Drinhaußen*, in: Heidel/Aktienrecht, § 57 AktG Rn. 3; *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 57 Rn. 4; im Bilanzrecht im Ergebnis wie hier *Grottel*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 285 Rn. 378.

¹³³⁴ Ebenso im Bilanzrecht *Grottel*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 285 Rn. 378.

¹³³⁵ Vgl. *Grottel*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 285 Rn. 379 ff.

¹³³⁶ Vgl. unter vorstehend III. 2. c) und IV. sowie unter soeben (1).

¹³³⁷ Vgl. auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 291 f., 295.

¹³³⁸ Vgl. allgemein Kapitel 4 D. und E.

¹³³⁹ Vgl. unter vorstehend C. IV.

¹³⁴⁰ Vgl. Kapitel 2 H. sowie unter vorstehend B.

Rechtsfragen des Gesellschaftsinteresses eine Schnittstelle¹³⁴¹ von Unions- und nationalem Recht. Das könnte zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Unstimmigkeiten führen, die derart schwerwiegend sind, dass organisations- und schutzrechtliche Belange nicht mehr effektiv und rechtssicher gehandhabt werden können. Dies würde wiederum den *effet utile* der SPE-VO gefährden.

Zahlreiche mitgliedstaatliche Gesellschaftsrechte gehen davon aus, dass eine bestimmte Zweckausrichtung der Gesellschaft in der Satzung ungeschrieben verankert ist und ggf. abweichend festgelegt werden kann. Als Beispiele dürfen das deutsche und englische Recht dienen.¹³⁴² Sofern nationales Recht eine Konzernausrichtung kraft Satzungsregelung anerkennt, könnte es auch keine Schwierigkeiten haben, die Folgen einer unionsrechtlichen Konzernausrichtung kraft Satzungsregelung zu bestimmen. Dadurch erwiese sich die Schnittstelle von Unions- und nationalem Recht möglicherweise als weniger gravierend als befürchtet. Allerdings ist auch zu bedenken, dass höchstwahrscheinlich nicht sämtliche mitgliedstaatlichen Rechte die Frage nach der satzungsmäßigen Festlegung des Gesellschaftsinteresses in derselben Art und Weise bedenken und behandeln. Eine unionsrechtliche Satzungsregelung, die in einem Mitgliedstaat allenfalls wenige Probleme an der Schnittstelle zum nationalen Recht aufwirft, könnte in einem anderen Mitgliedstaat zu Schwierigkeiten führen. Aus dieser Sicht ist der *effet utile* der SPE-VO gefährdet unabhängig davon, ob einige, viele oder gar alle mitgliedstaatlichen Rechte Satzungsregelungen zur Zweckausrichtung zulassen oder nicht.

Außerdem ist zu bedenken, dass im Zusammenhang mit der Zweckausrichtung eine Vielzahl von Unterfragen besteht, die jeweils miteinander verflochten sind und durch die verschiedenen nationalen Rechte aller Wahrscheinlichkeit nach unterschiedlich beantwortet werden. So ist erstens fraglich, ob und inwiefern sich nationales Recht grundsätzlich zur Zweckausrichtung verhält. Zweitens muss beantwortet werden, ob, wie und inwieweit mitgliedstaatliches Recht den Unternehmen erlaubt, von den bestehenden Grundsätzen abzuweichen. Abweichungen könnten entweder überhaupt nicht, lediglich in besonderen Konstellationen, kraft Satzungsregelung oder kraft Verzichtserklärung zulässig sein, wobei jeweils vollständige oder in Abstufungen nur teilweise Abweichungen denkbar sind. Hiermit ist unmittelbar die Frage verbunden, wie das jeweilige nationale Recht die Zweckausrichtung einer Gesellschaft methodisch fundiert und begründet. So ist beispielsweise im deutschen Recht anerkannt, dass eine Treubindung der Gesellschafter untereinander zu einer reflexartigen, nicht verselbständigten Treupflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft führt und umgekehrt.¹³⁴³ Dementsprechend ist auch ein Eigeninteresse der Gesellschaft lediglich Ausfluss der gesellschaftlicher Treupflicht.¹³⁴⁴ Folgerichtig wird das Eigeninteresse als verzichtbar und in der Einpersonengesellschaft unanwendbar angesehen.¹³⁴⁵ In Zuge eines Interessenumbruchs kann an die Stelle des Eigeninteresses ein Konzerninteresse treten.¹³⁴⁶ Demgegenüber erkennen die Rechte anderer Mitgliedstaaten zwar ein Eigeninteresse ihrer Gesellschaften an, tun sich aber

¹³⁴¹ Vgl. Kapitel 2 E.

¹³⁴² Zum deutschen Recht *Tröger*, Treupflicht, S. 68 f., 74 f., 85 ff., 109, 136, 139 f., 224 ff., 238, 240 f., vgl. aber auch S. 149, 198; zum englischen Recht *Doralt*, Managerpflichten, sec. 172 Rn. 1 ff.; allgemein *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182.

¹³⁴³ Vgl. z. B. *Tröger*, Treupflicht, S. 68 f., 85 ff.; *Cornett*, Treubindung, S. 192 f., 343 f., vgl. aber auch S. 411; zum SMC-Projekt *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215 f.; *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182.

¹³⁴⁴ Unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285.

¹³⁴⁵ Vgl. *Cornett*, Treubindung, S. 192 f., 343 f., 382 ff., 394 f., 409 ff., 415 ff., 487 ff.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 85 (mit Fn. 646), 87 f., 181; *Tröger*, Treupflicht, S. 85 ff., 68 f.; *Vogt*, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 315; vgl. auch *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182; zum SUP-Projekt und auch auf die Gläubigerinteressen hinweisend *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215 f.

¹³⁴⁶ Vgl. *Hommelhoff/Freytag*, DStR 1996, 1409, 1411, 1413; *Cornett*, Treubindung, S. 196, 238, 289, 343; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S., 335.

mit einer Verzichtbarkeit wie z. B. durch Berücksichtigung eines Konzerninteresses schwer.¹³⁴⁷ So ist etwa die Geschäftsleitung einer englischen Gesellschaft stets dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet und darf ein übergeifendes Konzerninteresse nur dann berücksichtigen, wenn dieses im Einzelfall eine reflexartige Rückwirkung auf das Wohl der Gesellschaft hat.¹³⁴⁸

Würde der Satzungsgeber eine SPE unionsrechtlich auf ein Konzerninteresse ausrichten, käme es also wegen der mannigfaltigen Unterschiede zwischen den nationalen Rechten voraussichtlich in zahlreichen Fällen zu schwerwiegenden Abgrenzungsschwierigkeiten und Unstimmigkeiten. Indem organisations- und schutzrechtliche Belange nicht mehr effektiv und rechtssicher gehandhabt werden könnten, wäre der *effet utile* der SPE-VO gefährdet. Wenn Fragen der Zweckausrichtung einer SPE dagegen vollständig nach nationalem Recht zu beantworten wären, bestünde ein kohärentes, in sich abgestimmtes System für die Zweckausrichtung der SPE. Hierdurch würde die Rechtssicherheit und damit Effizienz im nationalen wie transnationalen SPE-Konzern stark erhöht. Hinter diesem großen Vorteil tritt der Nachteil zurück, dass sich die Zweckausrichtung wegen der divergierenden nationalen Rechte möglicherweise nicht unions- und konzernweit einheitlich organisieren lässt. Angesichts der großen Schwierigkeiten, die eine geteilt unions- und nationalrechtliche Behandlung des Gesellschaftsinteresses verursachen würde, ist eine unionsweit zersplitterte, aber rechtssicherere Behandlung des Gesellschaftsinteresses vorzugswürdig.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das nationale Recht nicht lediglich die Schutzlücken im SPE-VOE-HU füllt. Vielmehr richtet sich die Frage nach der Konzernausrichtung der SPE in Auslegung des SPE-VOE-HU insgesamt gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nach nationalem Recht.¹³⁴⁹ Der Regelungsbereich der Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 umfasst entgegen dem ersten Anschein nicht das Gesellschaftsinteresse der SPE. Der Satzungsgeber kann die Konzernausrichtung nicht gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU unter Aussperrung des nationalen Rechts unionsweit einheitlich regeln.

b) Auswirkungen für Weisungen im Konzerninteresse

Fraglich ist, wie sich das vorgenannte Ergebnis in Verbindung mit Weisungsrechten im SPE-Konzern auswirkt. Denn die Frage nach Weisungsrechten ist getrennt von der Frage einer Konzernausrichtung zu beantworten, obwohl die Fragen eng miteinander zusammenhängen.¹³⁵⁰ Das Recht zur Erteilung bindender Weisungen im Konzerninteresse erhöht die Effizienz im SPE-Konzern in besonderem Maße, gefährdet aber auch die Interessen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern besonders stark.¹³⁵¹

¹³⁴⁷ Rechtsvergleichend *Teichmann*, AG 2013, 184, 191 f., 197; vgl. auch *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 290.

¹³⁴⁸ Vgl. secc. 409 et seq. CA 2006; *Teichmann*, AG 2013, 184, 192; *Doralt*, Managerpflichten, sec. 172 Rn. 1 ff., 15; *Hannigan*, Company Law, mn. 3-52, 9-17, daher dem Vorschlag der Reflection Group gegenüber aufgeschlossen in mn. 3-60; vgl. auch *Heckschen*, HB Int. GesR, § 6 Grenzüberschreitende Unternehmensverträge, Kap. D Rn. 18 f.; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 245; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 39 m. w. N.; allerdings wohl für Verzichtbarkeit *Pläster*, Treuepflicht, S. 163 f., 166 f., 200 f., 207, 239, 289 m. w. N.; vgl. auch *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 191.

¹³⁴⁹ Auf Basis des SPE-VOE-K von einem unionsrechtlichen Eigeninteresse ausgehend, zum SPE-VOE-SE offenlassend *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 253 ff.

¹³⁵⁰ Vgl. unter vorstehend B.

¹³⁵¹ Vgl. unter vorstehend B.

Unterliegt eine SPE kraft Satzungsunionsrecht einem Weisungsrecht und domiziliert in einem Mitgliedstaat, nach dessen Recht Weisungen im Konzerninteresse möglich sind, verursacht dies keine Schwierigkeiten. Denn das nationale Recht ist auf die besonderen Gefahren vorbereitet und reagiert entsprechend. Besteht in einer SPE dagegen ein unionsrechtliches Weisungsrecht und dürfen Konzerninteressen nach dem Recht des Satzungssitzstaates nicht berücksichtigt werden, leidet zwar die Effizienz im transnationalen Konzern, entstehen aber ebenfalls keine Probleme an der Schnittstelle von Unions- und nationalem Recht.

Schwierigkeiten verursacht ein unionsrechtliches Weisungsrecht allenfalls dann, wenn das mitgliedstaatliche Recht zwar die Berücksichtigung von Konzerninteressen, aber keine Weisungsrechte anerkennt. Denn dann könnte es sein, dass die im nationalen Recht vorhandenen Schutzinstrumente nicht ausreichen, um den durch das unionsrechtliche Weisungsrecht gesteigerten Gefahren zu begegnen. Allerdings sind unionsweit einheitliche Weisungsrechte in Auslegung des SPE-VOE-HU möglich und steigern die Effizienz im SPE-Konzern maßgeblich. Daher ist nicht davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber angesichts etwaiger Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Konzernausrichtung auf die Möglichkeit unionsrechtlicher Weisungsrechte verzichten wollte. Vielmehr zeigt sich am Beispiel von Weisungsrechten im Konzerninteresse eine für die SPE typische Herausforderung: etwaige Disharmonien an der Schnittstelle von Unions- und nationalem Recht. Indem die SPE als supranationale Rechtsform notwendigerweise sowohl Unions- als auch nationalem Recht unterliegt, lassen sich etwaige Disharmonien nicht vermeiden und müssen als systemimmanent in Kauf genommen werden. Freilich ist das Risiko etwaiger Disharmonien umso geringer, je mehr Aspekte auf unionsrechtlicher Ebene abgehandelt werden. Daher mahnt auch das Beispiel von Weisungen im Konzerninteresse dazu, möglichst viele Aspekte dem Unionsrecht anheimzustellen und vom nationalen Recht nur zurückhaltend Gebrauch zu machen. Kommt es also zu Erschwernissen bei Weisungsrechten im Konzerninteresse, dürfen Lösungen nicht zulasten des Unionsrechts gehen. Im Gegenteil: Es ist dem unionsrechtlichen Weisungsrecht zur Wirksamkeitsentfaltung zu verhelfen und ist es Sache des nationalen Rechts, darauf angemessen zu reagieren.

4. Zwischenfazit: Konzernausrichtung nur nach nationalem Recht

Die im SPE-VOE-HU für eine Konzernausrichtung enthaltenen Schutzlücken können nicht auf Unionsrechtsebene geschlossen werden. Eine weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt aber, dass die Frage nach dem Gesellschaftszweck der SPE über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU insgesamt nach nationalem Recht zu beantworten ist. Die Regelungsaufträge umfassen entgegen dem ersten Anschein nicht das Gesellschaftsinteresse der SPE. Der Satzungsgeber kann die Konzernausrichtung nicht gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU unter Aussperrung des nationalen Rechts unionsweit einheitlich regeln.¹³⁵² Hierunter leidet die Effizienz im SPE-Konzern enorm.

Sofern die Unternehmen unionsrechtliche Weisungsrechte installiert haben und Weisungen im Konzerninteresse erteilen wollen, führt dies grundsätzlich nicht zu Schwierigkeiten. Zu Schwierigkeiten kann es allenfalls dann kommen, wenn das mitgliedstaatliche Recht zwar die Berücksichtigung von Konzerninteressen, aber keine Weisungsrechte anerkennt. Denn dann könnte es sein, dass die im nationalen Recht vorhandenen Schutzinstrumente nicht ausreichen, um den durch das unionsrechtliche Weisungsrecht gesteigerten Gefahren zu begegnen. In diesem Fall ist allerdings dem unionsrechtlichen Weisungsrecht zur Wirksamkeitsentfaltung zu verhelfen und ist

¹³⁵² A. A. wohl *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 255.

es Sache des nationalen Rechts, darauf angemessen zu reagieren.¹³⁵³

V. Zwischenfazit: Effizienzminderungen bei der Organisation des SPE-Konzerns

Wird eine Konzernausrichtung mittels Satzungsregelung in Betracht gezogen, muss der Widerstreit zwischen den organisations- und schutzrechtlichen Interessen im SPE-Konzern angemessen aufgelöst werden. Die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit wird dem Satzungsgeber nur vorbehaltlich eines angemessenen Minderheiten- und Gläubigerschutzes gewährt.¹³⁵⁴

Eine Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, dass etwaige Minderheitsgesellschafter der Tochter-SPE auf unionsrechtlicher Ebene durch Quoren, Mehrheitserfordernisse und Formvorschriften für den erforderlichen Gründungs- bzw. Satzungsänderungsbeschluss sowie durch Informationspflichten, Publizität und Registerkontrolle geschützt werden. Dieser Schutz wird durch mitgliedstaatliche Organhaftungsregime flankiert. Etwaige Minderheitsgesellschafter der Mutter-SPE sowie die Gläubiger von Tochter- und Mutter-SPE werden gleich und allein durch die Publizität und Registerkontrolle geschützt, ohne dass sie von gesonderten Hinweisen auf eine Konzernierungsklausel profitieren.¹³⁵⁵

Dieser durch den SPE-VOE-HU vermittelte Schutzstandard ist sowohl aus Gläubiger- als auch aus Minoritätensicht unzureichend. Denn es fehlt an einer ausreichenden Publizität und Registerkontrolle ebenso wie an Berichts- und Zuleitungspflichten. Ein besonders schwerwiegender Mangel liegt aber darin begründet, dass es an einer notwendigen Gesellschafterhaftung fehlt.¹³⁵⁶

Wie eine weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, können die für eine Konzernausrichtung bestehenden Schutzlücken aber nicht auf Unionsrechtsebene geschlossen werden. Vielmehr ist die Frage nach dem Gesellschaftszweck der SPE über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU insgesamt nach nationalem Recht zu beantworten. Hierunter leidet die Effizienz im SPE-Konzern enorm. Sofern die Unternehmen unionsrechtliche Weisungsrechte installiert haben und Weisungen im Konzerninteresse erteilen wollen, ist es Sache des nationalen Rechts, darauf angemessen zu reagieren.¹³⁵⁷

E. Zusammenfassung Kapitel 6: Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse

Konzerninteresse meint nach der hier vertretenen Auffassung jedes Interesse jenseits des alleinigen Interesses der Tochter-SPE.¹³⁵⁸

Ob und inwiefern SPEs im Konzern auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden dürfen, ist der Brennpunkt des SPE-Konzernrechts. Denn im SPE-Konzern besteht ein Spannungsverhältnis zwischen organisations- und schutzrechtlichen Interessen, die zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen. Dementsprechend ist die Frage nach der Konzernausrichtung der SPE eng mit der Frage nach Weisungsrechten im SPE-Konzern ver-

¹³⁵³ A. a. wohl Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 255.

¹³⁵⁴ Vgl. unter vorstehend I. sowie allgemein Kapitel 2 C. und Kapitel 3 B. III.

¹³⁵⁵ Vgl. unter vorstehend II. 6.

¹³⁵⁶ Vgl. unter vorstehend III. 2. c).

¹³⁵⁷ Vgl. unter vorstehend IV. 4.

¹³⁵⁸ Vgl. unter vorstehend A.

knüpft, wenngleich die Fragen getrennt voneinander zu beurteilen sind. Die Effizienz im SPE-Konzern würde in besonderem Maße erhöht, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden dürfen. Andererseits würden die Interessen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern noch starker gefährdet, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden dürften und ausgeführt werden müssten.¹³⁵⁹

Der Verordnungsgeber trifft keine spezifischen Aussagen zum Eigen- bzw. Konzerninteresse. Auf den ersten Blick kommt in Betracht, SPEs durch Nutzung der Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 auf ein Konzerninteresse auszurichten.¹³⁶⁰

Die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit wird dem Satzungsgeber freilich nur vorbehaltlich eines angemessenen Minderheiten- und Gläubigerschutzes gewährt. Allerdings ist der durch den SPE-VOE-HU vermittelte Schutzstandard sowohl aus Gläubiger- als auch aus Minoritätensicht unzureichend. Indem die Schutzlücken nicht auf Unionsrechtsebene geschlossen werden können, ist die Frage nach dem Gesellschaftszweck der SPE über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU insgesamt nach nationalem Recht zu beantworten. Sofern die Unternehmen unionsrechtliche Weisungsrechte installiert haben und Weisungen im Konzerninteresse erteilen wollen, ist es Sache des nationalen Rechts, darauf angemessen zu reagieren. Dass SPEs nicht unionsrechtlich auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden können, mindert die Effizienz im SPE-Konzern enorm und ist daher mehr als bedauerlich.¹³⁶¹

F. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse

I. Verordnungsgeber

1. Ob und inwiefern SPEs im Konzern auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden dürfen, ist der Brennpunkt des SPE-Konzernrechts.¹³⁶² Soll die SPE wie geplant typischerweise Konzernbaustein sein, muss die Konzernausrichtung der SPE unbedingt unmissverständlich auf Unionsrechtsebene geklärt und geregelt werden. Hierbei ist insbesondere ein kohärentes System dafür zu finden, wie unionsrechtliche Weisungsrechte im Konzerninteresse etabliert und ausgeübt werden können.¹³⁶³
2. Den Gesellschaftszweck der SPE festzulegen sollte Gegenstand eines fakultativen Regelungsauftrags in VOE-Anlage I sein. Denn dadurch kann erreicht werden, dass die Unternehmen über diesen für das Organisations- und Schutzrecht wesentlichen Punkt reflektieren. Indem sie sich an der Stelle gegen eine Satzungsregelung entscheiden, können sie gezielt ein ihren Vorstellungen entsprechendes nationales Recht eingreifen lassen. Konzentrieren sie gleichzeitig mithilfe der Sitzaufspaltung die Sitzungssitze sämtlicher Konzern-SPEs in dem betreffenden Mitgliedstaat, können die Unternehmen eine unionsweite Geltung des von ihnen favorisierten nationalen Rechts erreichen. Besonders attraktiv kann diese Vorgehensweise sein, wenn dieses nationale Recht auch Weisungsrechte im Sinne der Unternehmen behan-

¹³⁵⁹ Vgl. unter vorstehend B.

¹³⁶⁰ Vgl. unter vorstehend C.

¹³⁶¹ Vgl. unter vorstehend D.

¹³⁶² Vgl. auch allgemein *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 325 et seq.; *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215 f.; *Drygala*, AG 2013, 198, 203; *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16 Art. 16, Comments.

¹³⁶³ Vgl. unter vorstehend B., D. IV. 3.; dagegen den SPE-VOE-SE als ausreichend ansehend *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 377.

delt. Denn dann könnten die Unternehmen von unionsrechtlichen Satzungsregelungen zum Weisungsrecht ebenso absehen wie von solchen zum Konzerninteresse und dadurch diesen zusammenhängenden Regelungskomplex bewusst insgesamt nationalem Recht überlassen.¹³⁶⁴

3. Alternativ können die Unternehmen mithilfe des fakultativen Regelungsauftrags eine unionsrechtliche Konzernausrichtung vornehmen. Indem sie die Regelung mit einem unionsrechtlichen Weisungsrecht kombinieren, könnten sie ein unionsweit und konzernindividuell einheitliches, in sich kohärentes System für Weisungen im Konzerninteresse etablieren. Das unionsrechtliche Recht auf die Erteilung von Weisungen im Konzerninteresse würde die Organisation des SPE-Konzerns wesentlich erleichtern. Die Effizienz im SPE-Konzern wäre zusätzlich dadurch enorm gesteigert, dass bei dem Regelungskomplex keine Schnittstelle an Unions- und nationalem Recht besteht.¹³⁶⁵
4. Es bietet sich an, für die Frage des Gesellschaftsinteresses einen neuen Regelungsauftrag zu schaffen und nicht lediglich bestehende Regelungsaufträge abzuändern bzw. zu ergänzen. So können Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden oder zumindest vermindert werden. Die bestehenden Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU sollten bereits deshalb kein Regelungsort sein, weil sie obligatorischer Natur sind, aber fakultative Regelungsaufträge wie gezeigt systematisch als Regelungsort vorzugswürdig sind. Der bestehende Regelungsauftrag in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 sollte nicht ergänzt werden, weil der Zwang zur Regelung einer Konzernausrichtung im Zusammenhang mit *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* den Gestaltungsspielraum unnötig einschränken würde.¹³⁶⁶ Jenseits von Fragen der Konzernausrichtung erscheinen die Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 genügend klar formuliert. Allerdings sollte in der deutschen Fassung von Art. 8 Abs. 1 lit. b der Begriff „*Unternehmensgegenstand*“ anstelle von „*Unternehmenszweck*“ gebraucht werden.
5. Im Zusammenhang mit der wünschenswerten unionsrechtlichen Konzerndefinition¹³⁶⁷ sollte der Unionsgesetzgeber gleichzeitig den Begriff des Konzerninteresses definieren.¹³⁶⁸ Außerdem muss der Verordnungsgeber einen angemessenen unionsrechtlichen Standard für den Schutz von Gläubigern und etwaigen Minderheitsgesellschaftern schaffen.¹³⁶⁹ Das Unionsrecht muss deutlich machen, nach welchen Maßstäben Konzernierungsklauseln zu beurteilen und ggf. als rechtmäßig einzustufen sind.¹³⁷⁰
6. Dafür sollte zunächst in den Katalog in Artt. 9 Abs. 2, 9a Abs. 1 SPE-VOE-HU aufgenommen werden, dass die Eintragung von Konzernierungsklauseln davon abhängig ist, dass die Satzung, die ggf. erforderliche Beschlussveröffentlichung und die Registeranmeldung jeweils einen expliziten, gesonderten Hinweis auf die Konzernausrichtung enthalten, dass ein Konzernierungsbericht vorgelegt, sowie dass dessen recht-

¹³⁶⁴ Vgl. Kapitel 2 G., Kapitel 3 B., Kapitel 4 E. I., Kapitel 5 B. V. sowie unter vorstehend B., D. IV. 3. und 4.

¹³⁶⁵ Vgl. Kapitel 2 E., Kapitel 3 B., Kapitel 5 C. V. sowie unter vorstehend B., D. IV. 3. und 4.

¹³⁶⁶ Vgl. unter vorstehend C. II., D. IV. 2. b).

¹³⁶⁷ Vgl. Kapitel 2 J. I. 3.

¹³⁶⁸ Vgl. unter vorstehend A.

¹³⁶⁹ Vgl. unter vorstehend D.

¹³⁷⁰ Vgl. unter vorstehend D. II. 3., III. 2. a) (2), IV. 2. b) (1) (b).

zeitige Zuleitung bzw. ein Zuleitungsverzicht nachgewiesen wurde.¹³⁷¹

7. Dieser Konzernierungsbericht sollte außerdem an anderer Stelle in der SPE-VO geregelt werden. Hiernach sollten die Tochter- und Mutter-SPE sowie deren Geschäftsleiter verpflichtet sein, bei Einführung einer Konzernierungsklausel die zu erwartenden Auswirkungen der Konzernausrichtung zu prognostizieren. Parallel zur Jahresabschlusspflicht sollten sie verpflichtet sein, über die tatsächlichen Auswirkungen der Konzernausrichtungen im abgelaufenen Berichtszeitraum Rechenschaft abzulegen und eine Prognose für den folgenden Berichtszeitraum zu tätigen. Zudem sollten die Mutter-SPE und deren Geschäftsleiter parallel zum Konzernabschluss verpflichtet sein, über die Auswirkungen der Konzernausrichtungen im Gesamtkonzern im abgelaufenen Berichtszeitraum einen konsolidierten Gruppenbericht zu erstatten, wobei sie die Tochter-SPE und deren Geschäftsleiter unterstützen sollten. Anschließend sollten die Berichte offengelegt werden. Die periodischen Berichte sollten bei der für die Veröffentlichung von Jahresabschlüssen zuständigen Stelle eingereicht und durch diese veröffentlicht werden. Den Mitgliedstaaten sollte aufgegeben werden, das Veröffentlichungsverfahren sowie einen Sanktionsmechanismus für mangelnde, verspätete oder fehlerhafte Veröffentlichungen zu regeln.¹³⁷²
8. Besonders wichtig ist es, eindeutige und ausdifferenzierte Tatbestände für eine konzernbedingte Gesellschafterhaftung zu schaffen. Dieser Aspekt ist für die Konzernausrichtung von Gesellschaften zentral, wobei die Konzernausrichtung ihrerseits zentral für Konzerne im Binnenmarkt ist. Daher kommen der Unionsgesetzgeber und die Mitgliedstaaten nicht umhin, diesen Aspekt intensiv zu diskutieren und zu entscheiden, welcher Schutzstandard nach welchen präzisen Kriterien angemessen ist. Machen die Unternehmen von dem für die Konzernausrichtung zu schaffenden Regelungsauftrag Gebrauch, optieren sie gleichzeitig für das unionsrechtliche Haftungsregime. Angesichts der wesentlichen aus der Konzernausrichtung resultierenden Vorteile werden die Unternehmen ein solches Haftungsregime gern in Kauf nehmen, sofern es ausreichend rechtssicher formuliert und praktikabel ausgestaltet ist.¹³⁷³
9. Bei der Diskussion möglicher Haftungsregime sollte unbedingt miterörtert werden, ob und inwiefern auf Ansprüche verzichtet werden kann,¹³⁷⁴ sowie ob und inwiefern bei Einpersonengesellschaften Ausnahmen gelten.¹³⁷⁵ Gedanken um eine unionsrechtliche Treuepflicht¹³⁷⁶ können in diesem Zusammenhang hilfreich sein, sind aber nicht unbedingt notwendig.¹³⁷⁷ Wichtiger als die dogmatische Herleitung von Ansprüchen sind klare und eindeutige Regelungen zu den Ausnahmefällen, in denen Ansprüche nicht gegeben sind.
10. Dass sich die Organhaftung bei Handlungen im Konzerninteresse nach allgemeinen nationalen Haftungsregelungen richtet, ist zu verkraften. Gleichwohl sollte versucht werden, einen unionsrechtlichen Haf-

¹³⁷¹ Vgl. unter vorstehend D. II. 2., 3., III. 2. a) (1), (2), (4), (6), b) (1), (2), (4), IV. 2. b) (1) (a), (b), (c).

¹³⁷² Vgl. unter vorstehend D. II. 2., 3., III. 2. a) (1), (2), (4), (6), b) (1), (2), (4), IV. 2. b) (1) (a), (b), (c) sowie Kapitel 4 A.

¹³⁷³ Vgl. unter vorstehend D. II. 5., III. 2. a) (3), b), IV. 2. b) (1) (d).

¹³⁷⁴ Vgl. unter vorstehend D. II. 5. c) (6), IV. 3. a).

¹³⁷⁵ Vgl. unter vorstehend D. II. 5. c) (6), IV. 3. a).

¹³⁷⁶ Vgl. unter vorstehend D. II. 5. c).

¹³⁷⁷ Für unionsrechtliche Kodifizierung bzw. Schaffung einer Treuepflicht *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 363.

tungstatbestand, zumindest aber unionsrechtliche Sorgfaltspflichten, zu etablieren.¹³⁷⁸

11. Auf dem Weg zu einem kohärenten und in sich schlüssigen Europäischen Gesellschaftsrecht sollte sich der Unionsgesetzgeber schließlich noch allgemein mit Strukturmaßnahmen befassen. Er sollte entscheiden, welche Maßnahmen er als Strukturmaßnahmen einstuft und welchem Regime er Strukturmaßnahmen unterwirft.¹³⁷⁹ In diesem Zusammenhang sollte unbedingt auch diskutiert und entschieden werden, ob und inwiefern eine Konzernierung als Strukturmaßnahme begriffen werden soll. Wie die Auslegung des SPE-VOE-HU zur Konzernausrichtung der SPE zeigt, stellen sich bei Konzernierungen und anderen Maßnahmen wie z. B. Verschmelzungen und Formwechseln prinzipiell dieselben Fragen und bieten sich prinzipiell dieselben Antworten an.¹³⁸⁰ Vergleicht man das Regelungskonzept im SPE-VOE-HU mit dem unionsrechtlichen Regelungskonzept für Umstrukturierungen, Satzungssitzverlegungen, Übernahmen und Holding-Gründungen, steht jeweils die Privatautonomie einschließlich eines eigenverantwortlichen Selbstschutzes im Vordergrund.¹³⁸¹ Es sollte erwogen werden, für die SPE ein satzungsbasiertes Konzernkonzept zu schaffen.¹³⁸²

II. Deutscher Gesetzgeber

1. Deutschland wiederum sollte den Unionsgesetzgeber bei der Schaffung unionsrechtlicher Regelungen zur Konzernausrichtung nach besten Kräften unterstützen. Im Anschluss daran müssen entsprechende Regelungen in das SPE-Ausführungsgesetz aufgenommen werden.
2. Im Übrigen ist im Hinblick auf Konzernausrichtungen bzw. Weisungen im Konzerninteresse wie auch sonst deutsches Recht nur zurückhaltend anzuwenden.¹³⁸³

III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse

¹³⁷⁸ Vgl. Kapitel 5 I. 4. sowie unter vorstehend D. II. 4., III. 2. a) (5).

¹³⁷⁹ Vgl. unter vorstehend D. IV. 2. a); zur Notwendigkeit eines Systemdenkens im Europäischen Gesellschaftsrecht *Grundmann*, in: Riesenhuber/Methodenlehre, § 9 Rn. 69; *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 22.

¹³⁸⁰ Auf den ersten Blick in dieselbe Richtung *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 104, 109 ff., 217 ff., 253, 284 f. (Thesen 18 und 20); vgl. auch *Drygala*, AG 2013, 198, 203 ff., 210.

¹³⁸¹ Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. f (Höhe des bei der Gründung einzuzahlenden Stammkapitals), lit. h (gegebenenfalls die Höhe der von jedem Gründungsgesellschafter zu leistenden Bareinlage), lit. i (gegebenenfalls den Wert und die Art jeder von jedem Gründungsgesellschafter zu leistenden Sacheinlage); VOE-HU-Anhang I Nr. 4 (Bewertung von Sacheinlagen), Nr. 5 (Zeitpunkt, zu dem die Bareinlagen zu leisten sind), Nr. 8 (Kapitalerhöhungen), Nr. 20 (Kapitalherabsetzungen); bzgl. Dividenden vgl. Erwägung 11 (S. 11), Art. 2 Abs. 1 lit. c, Art. 11 Abs. 2 lit. d, Art. 21, Art. 22, Art. 24, Art. 28 Abs. 1 lit. e, Abs. 6 SPE-VOE-HU, VOE-HU-Anhang I Nr. 6; Artt. 14 Abs. 3, 15 Abs. 1a lit. ba, 28 Abs. 2, 29, 30 SPE-VOE-HU, VOE-HU-Anhang I Nr. 9, 12, 15, 21, 22 und 23, sowie SPE-VOE-HU Erwägung 13 (S. 12); vgl. auch *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 66 – unter Hinweis auf Art. 2 Nr. 3, Art. 20 Nr. 2 und Art. 21 Nr. 2 SPE-VOE-CREDA 1997; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279 f., 282 (Art. 2 Nr. 3 wird Nr. 4, Art. 20 Nr. 2 als Nr. 3 neu gefasst); vgl. auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 84, 187, 223; *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 95 et seq.; *Fleischer*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 25, 29, 35 ff., 62; *Eidenmüller*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 4, 14; *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535, 556 ff.; *ders.*, in: FS Roth, S. 269; *Martens*, Managementstrukturen, S. 88.

¹³⁸² In diese Richtung auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 77, 79, 103 f., 109; auf Unionsebene generell privatautonome Regelungsansätze befürwortend *Bianchi*, ECFR-Vortrag, slide 5.

¹³⁸³ Vgl. Kapitel 4 C. III. sowie unter vorstehend D. IV. 4.

1. Auch die Konzernausrichtung von Unternehmen im Binnenmarkt ist ein ganz grundsätzliches Problem der „*Entwicklungen des 21. Jahrhunderts*“, ¹³⁸⁴ das unbedingt gelöst werden muss. ¹³⁸⁵ Freilich können die Konzernausrichtung und die Möglichkeit von Weisungen im Konzerninteresse auch mithilfe einer SUP-RL angegangen werden. Da eine Richtlinie aber lediglich zu einer Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechte führt, bleibt die SPE das bessere Mittel zur Lösung des unausweichlichen Kernproblems. ¹³⁸⁶ Außerdem zeigen die obigen Ausführungen, dass die SPE mit ihrem Mechanismus von Regelungsaufträgen besonders gut geeignet ist, um die Interessen sowohl der Unternehmen als auch der Mitgliedstaaten angemessen zu wahren.
2. Aus diesen Gründen ist dem Unions- und deutschen Gesetzgeber dringend zu empfehlen, diese betreffenden Aspekte intensiv zu diskutieren und zu entscheiden, wie präzise unionsrechtliche Regelungen etabliert und durch flankierende nationale Maßnahmen verankert werden können.

¹³⁸⁴ Mit dieser bedeutungsschwangeren Formulierung *Kommission*, Pressemitteilung v. 20. Februar 2012.

¹³⁸⁵ Ähnlich in Bezug auf das Konzernrecht *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 321 et seq.

¹³⁸⁶ Allgemein ebenfalls für SPE anstelle harmonisierten nationalen Rechts *Hommelhoff*, in: ders./Schubel/Teichmann/SPE, S. 23, 26 f.

Kapitel 7 Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht

A. Bedeutung des nationalen Konzernrechts für Weisungsrechte und Konzernausrichtung im SPE-Konzern

Ob und inwiefern von der Geschäftsführung einer Tochter-SPE verlangt werden darf, Weisungen Folge zu leisten, richtet sich gemäß Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU nach dem nationalen Recht des Satzungssitzstaates, wenn die Satzung der Tochter-SPE kein unionsrechtliches Weisungsrecht enthält.¹³⁸⁷ Ob und inwiefern die Geschäftsführung der Tochter-SPE Konzerninteressen berücksichtigen darf, richtet sich dagegen gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nach dem Recht des Domizilstaates, ohne dass der Satzungsgeber davon unionsrechtlich abweichen kann.¹³⁸⁸ Unterhalten die Konzern-SPEs also ihre Satzungssitze in einem bestimmten Mitgliedstaat, richtet sich die Zulässigkeit von Weisungen und einer Konzernausrichtung einheitlich nach dessen nationalem Recht.

Sollte auf den SPE-Konzern deutsches GmbH-Konzernrecht¹³⁸⁹ zur Anwendung kommen, hat dies im Zusammenhang mit Weisungsrechten und einer Konzernausrichtung möglicherweise weitreichende Folgen. Könnte eine SPE durch Abschluss eines Beherrschungsvertrages einen Vertragskonzern deutschen Rechts bilden, kommt in Betracht, wie bei der GmbH¹³⁹⁰ ein Weisungsrecht zu etablieren, das allgemein ist, das sogar nachteilige Weisungen erlaubt, und das über die Konzernebenen hinweg – beispielsweise zwischen Konzernspitze und Enkelgesellschaft – besteht.¹³⁹¹ Im faktischen SPE-Konzern könnte die Gesellschafterversammlung dagegen ebenso wie im faktischen GmbH-Konzern¹³⁹² von Gesetzes wegen eine starke Stellung genießen und einem treupflichtbasierten Schädigungsverbot unterliegen.

Würde dagegen englisches Recht¹³⁹³ für den SPE-Konzern gelten, kommt in Betracht, dass das Geschäftsleitungsorgan grundsätzlich keinen Weisungen unterliegt und Konzerninteressen grundsätzlich nicht berücksichtigen darf. Dann könnte sich wegen der starken Unterschiede zwischen den nationalen Rechten zeigen, dass die Geltung von Unionsrecht bzw. die Sitzaufspaltung gerade im Hinblick auf Weisungen und Konzernausrichtungen von grundlegender Bedeutung für die Effizienz im SPE-Konzern sind.

Nachfolgend untersucht diese Arbeit mithin, ob und inwiefern nationales Konzernrecht auf den SPE-Konzern Anwendung findet sowie wie sich dies auf Weisungsrechte und Konzernausrichtung im SPE-Konzern auswirkt. Indem isolierte Gewinn- bzw. Ergebnisabführungsverträge deutschen Rechts keine Weisungsrechte begründen, beschränkt diese Arbeit ihre Untersuchungen im Zusammenhang mit dem deutschen Vertragskonzernrecht der

¹³⁸⁷ Vgl. ausführlich Kapitel 5 und Kapitel 6.

¹³⁸⁸ Vgl. ausführlich Kapitel 5 und Kapitel 6.

¹³⁸⁹ Allgemein *Emmerich*, in: ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rn. 11 f.; *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 6; *Tröger*, Treupflicht, S. 215.

¹³⁹⁰ Allgemein *Emmerich*, in: ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rn. 11 f.; *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 6; *Tröger*, Treupflicht, S. 215.

¹³⁹¹ So auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 171; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 95, 103 f.

¹³⁹² Vgl. § 37 GmbHG; *Thieves*, in: MüKo-GmbHG, § 37 Rn. 19 ff.

¹³⁹³ Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10 (pp. 466 et seqq); *Davies*, Company Law, pp. 108 et seq., 120 et seq., 265 et seq.; *Hannigan*, Company Law, mn. 8-5 et seqq. (pp. 160 et seq.) und 8-8 (p. 182).

SPE auf Beherrschungsverträge. Gewinn- bzw. Ergebnisabführungsverträge bei der SPE sind nicht zuletzt angesichts der jüngsten steuerlichen Entwicklungen ebenfalls eine Untersuchung wert, werden aber ausgespart.¹³⁹⁴

B. Anwendung des nationalen Konzernrechts auf die SPE

I. Verhältnis des nationalen Konzernrechts zum Unionsrecht

Fraglich ist zunächst, in welchem Verhältnis das nationale Konzernrecht zum Unionsrecht steht.

1. Grundsatz für die Anwendung nationalen Gesellschaftsrechts

Im Regelungsbereich der SPE-VO kommt das nationale Gesellschaftsrecht des Sitzungssitzstaates grundsätzlich nach Art. 4 Abs. 2 oder 3 SPE-VOE-HU zur Anwendung, wenn und soweit das Unionsrecht lückenhaft ist und die Regelungslücke nicht auf unionsrechtlicher Ebene geschlossen werden kann.¹³⁹⁵ Nach diesen Grundsätzen muss das nationale Gesellschafts- bzw. Konzernrecht unionskonform sein und angewandt werden.¹³⁹⁶ Indem das *Konzernrecht* Teil des *Gesellschaftsrechts* ist,¹³⁹⁷ würde für das Konzernrecht nichts Anderes gelten.

2. Überlagerung des Unionsrechts durch das nationale Konzernrecht?

Möglicherweise überlagert aber das nationale Konzernrecht das SPE-Unionsrecht und gilt dadurch selbst dann, wenn das SPE-Unionsrecht nicht lückenhaft ist. Im Hinblick auf die Kapitalrichtlinie bzw. SE wird in der deutschen Literatur überwiegend vertreten, dank einer Bereichsausnahme im Unionsrecht für das Konzernrecht überlagere und modifiziere das deutsche Konzernrecht das Unionsrecht.¹³⁹⁸ Bei der SPE könnte jedoch eine andere Wertung gerechtfertigt sein.

¹³⁹⁴ Zum Steuerrecht der SPE SPE-VOE-HU Erwägungsgrund 6 (S. 8); SPE-VOE-K Begründung (S. 3); *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 79; zum Gewinn- bzw. Ergebnisabführungsvertrag bei der SPE *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 95, 273 f.; bei der SE *Veil*, WM 2003, 2169, 2175; bei der GmbH *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 7, 39 f., 311, 631, 633, 640 f., 646, 703, 810; 1184 ff.; *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. Rn. 15 ff., 25 f., 56; *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, Systemat. Darst. Konzernrecht Rn. 351; *Emmerich*, in: *ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 291 Rn. 52; zur körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft vgl. § 14 Abs. 1 KStG, § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG; bei der umsatzsteuerlichen Organschaft ist dagegen noch nicht einmal ein Ergebnisabführungsvertrag erforderlich, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 UStG; § 1 Abs. 4 Nr. 2 lit. b GrEStG; zu den steuerlichen Reformbestrebungen in Deutschland *Frey/Sälzer*, BB 2012, 294 ff.; *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. Rn. 23 f.; zur grenzüberschreitenden Organschaft Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts (UntStRÄndG; BGBl. 2013 Teil 1 Nr. 9, S. 285); zur grenzüberschreitenden Organschaft ohne Ergebnisabführungsvertrag *Glahe*, IStR 2012, 128 ff.; in dieselbe Richtung *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 273 f.; zur Wiederaufnahme des EU-Projekts zur Schaffung einer *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)* *Glaser*, DStR 2011, 2317 ff.; *Herzig*, DB 2012, 1 ff.; *Förster/Krauß*, IStR 2011, 607 ff.

¹³⁹⁵ Vgl. allgemein Kapitel 4 C., D. und E.

¹³⁹⁶ Vgl. Kapitel 4 E. IV.

¹³⁹⁷ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. a), c).

¹³⁹⁸ Vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 85 ff.; zur SE *Veil*, WM 2003, 2169, 2171, 2173; *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 3, 7, 75; *ders.*, Unternehmensverträge, S. 166 ff.; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 27 ff., 35; *Wendt*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 1000; *Ebert*, BB 2003, 1854, 1859; *Brandt*, NZG 2003, 889, 891 ff.; *Maul*, ZGR 2003, 743 ff.; ähnlich *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 57 Rn. 150; *Habersack*, in: MüKo-AktG, Einl. Rn. 143; *ders.*, in: *Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 311 Rn. 82; a. A. *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 125 ff., 132 ff.; ablehnend auch *Schön*, in: FS Kropff, S. 286, 299 f.; offenlassend *Paschos*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 291 Rn. 25; *Emmerich*, in: *ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 291 Rn. 78.

Hierfür könnten zunächst strukturelle Unterschiede zwischen dem SPE-VOE-HU und der Kapitalrichtlinie bzw. SE-VO sprechen. Der SPE-VOE-HU hat nach systematisch-teleologischen Erwägungen eine konzernrechtliche Dimension, indem der Ordnungsgeber das gesamte Gesellschaftsrecht der SPE regeln möchte und die Konzernierung als genuines Charakteristikum der SPE sieht. Er begreift das Konzernrecht anders als z. B. deutsche Rechtswissenschaftler nicht als ein in sich mehr oder minder geschlossenes Sonderrecht für Konzerne,¹³⁹⁹ sondern als eine Ansammlung punktueller konzernrelevanter Regelungen.¹⁴⁰⁰ Dieses Ergebnis wird dadurch untermauert, dass für Konzerne wesentliche Fragen wie Weisungsrechte und Konzernausrichtungen vom Regelungsbereich der SPE-VO erfasst werden, wenngleich die Konzernausrichtung mangels genügender unionsrechtlicher Schutzinstrumente letztendlich doch dem nationalen Recht unterfallen muss.¹⁴⁰¹ Die konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU wird möglicherweise des Weiteren durch Ordnungsregelungen zur Kapitalverfassung der SPE gestützt.¹⁴⁰² Aufgrund des Regelungsansatzes des Ordnungsgebers ist es auch folgerichtig, dass der SPE-VOE-HU im Unterschied zur SE-VO in seinen Erwägungsgründen keine Hinweis auf eine Bereichsausnahme für das Konzernrecht enthält. Aus diesen Gründen kann – anders als bei der Kapitalrichtlinie bzw. SE-VO vertreten¹⁴⁰³ – nicht davon ausgegangen werden, der SPE-VOE-HU enthalte eine Bereichsausnahme für das Konzernrecht und bedenke lediglich die unverbundene SPE.

Dieses Ergebnis könnte durch weitere methodische Überlegungen untermauert werden. Dürfte nationales Konzernrecht das Unionsrecht überlagern, würde es das Unionsrecht durchbrechen und modifizieren und damit gegen grundlegende methodische Entscheidungen des Ordnungsgebers¹⁴⁰⁴ verstoßen. Der Ordnungsgeber möchte aber gerade kein Konzernsonderrecht schaffen.¹⁴⁰⁵ Vielmehr gelten für die konzernierte SPE dieselben Grundsätze wie für die unverbundene SPE.¹⁴⁰⁶ Nationales Konzernrecht findet im SPE-Konzern nur insofern Anwendung, wie es nichtabschließendes Unionsrecht ergänzt¹⁴⁰⁷ und unionsrechtskonform ausgelegt und ange-

¹³⁹⁹ Allgemein zu Überlagerungswirkungen nach deutschem Verständnis *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff.

Rn. 7; *ders.*, Unternehmensverträge, S. 110 ff.

¹⁴⁰⁰ Vgl. Kapitel 2 B., Kapitel 3 A. I. 1. c) (2), e).

¹⁴⁰¹ Vgl. ausführlich Kapitel 5 und Kapitel 6.

¹⁴⁰² Vgl. dazu ausführlich Kapitel 8.

¹⁴⁰³ Zu SE-VO Erwägungen 15 und 16 *Schröder*, in: Manz/Mayer/*ders.*/SE, Art. 9 Rn. 35 ff.; *Ebert*, BB 2003, 1854; *Lutter/Hommelhoff*, in: *dies.*/SE, Art. 9 Rn. 23; dahin tendierend auch *Altmeppen*, MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 23 ff.; zur Kapitalrichtlinie *Veil*, Unternehmensverträge, S. 166.

¹⁴⁰⁴ Zur Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern vgl. ausführlich Kapitel 4.

¹⁴⁰⁵ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. a), c) (2), e).

¹⁴⁰⁶ A. A. für die SE *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 27 ff.; *Veil*, WM 2003, 2169, 2173, 2174 f.; *Ebert*, BB 2003, 1854, 1859; *Brandi*, NZG 2003, 889, 891 ff.; *Habersack*, ZGR 2003, 724, 737 ff.; *ders.*, in: Emmerich/*ders.*/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 45 ff.; *Wendt*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 994, 998 ff.; im Ergebnis ebenso *Maul*, ZGR 2003, 743 ff.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 11 f.; zum Verhältnis des deutschen Konzernrechts zur Kapitalrichtlinie *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 3, 7, 75; offenlassend; *Paschos*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 291 AktG Rn. 25; *Emmerich*, in: *ders.*/Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rn. 78.

¹⁴⁰⁷ Ähnlich zur Anwendung des deutschen Aktienkonzernrechts auf die SE *Hommelhoff*, AG 2003, 179, 182 ff.; *Lächler*, SE-Konzern, S. 155 ff.; *Mülbart*, in: FS Lutter, S. 535, 550 ff.; *Schön*, in: FS Kropff, S. 285, 298 ff.; zweifelnd *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 46 ff. (mit Fn. 136); a. A. *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 8, 10, 60; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 25; *ders.*, WM 2003, 2169, 2172 ff.; *ders.*, Unternehmensverträge, S. 164 ff.; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 9, Rn. 23 ff.; *Brandi*, NZG 2003, 889, 891 f., 894; wohl auch *Verse*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, § 49 SEAG Rn. 6 ff.

wandt werden kann.¹⁴⁰⁸ Es darf das Verordnungsrecht grundsätzlich nicht konkretisieren oder verschärfen.¹⁴⁰⁹ Soweit der Verordnungsgeber für konzernrelevante Aspekte Regelungsaufträge vorsieht,¹⁴¹⁰ kann und soll das Verordnungsrecht aber die Anwendung des nationalen Konzernrechts nach Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU möglich machen.¹⁴¹¹ Indem die nationalen GmbH-Konzernrechte anders als das deutsche Aktienkonzernrecht grundsätzlich keine überlagernde Wirkung entfalten, ist eine Überlagerung grundsätzlich auch nicht aus Gründen der Gleichbehandlung der SPE mit den nationalen Rechtsformen geboten.¹⁴¹² Folglich untermauern weitere methodische Überlegungen das obige Ergebnis.

Mithin ist entgegen der in Bezug auf Kapitalrichtlinie und SE vertretenen Hauptmeinung zusammenfassend festzustellen, dass das nationale Konzernrecht das SPE-Unionsrecht grundsätzlich nicht überlagert und modifiziert.¹⁴¹³

3. Ausnahme für Vertragskonzernrecht

Im Hinblick auf das deutsche Vertragskonzernrecht und ähnliche Konstrukte anderer Mitgliedstaaten könnte aber eine Ausnahme gelten und das nationale Recht das SPE-Unionsrecht überlagern.

Sofern der Regelungsbereich von Regelungsaufträgen organisations- und schutzrechtliche Aspekte umfasst, haben die Unternehmen es selbst in der Hand, im SPE-Konzern virulente Fragen durch Satzungsunionsrecht zu regeln. Dem Satzungsgeber kann es aber nicht verwehrt sein, dasjenige zu suspendieren, dessen Schaffung in seiner freien Entscheidung lag. Schließen die Unternehmen also einen Beherrschungsvertrag ab, überlagert diese privatautonome Entscheidung die in der Satzung getroffenen privatautonomen Entscheidungen. Einem Konzernrecht, dessen Geltung von der privatautonomen Entscheidung der Unternehmen abhängt, muss wegen des Primats der Privatautonomie die Fähigkeit zugestanden werden, das Satzungsunionsrecht zu überlagern. Vor diesem Hintergrund hängt die Fähigkeit des deutschen GmbH-Vertragskonzernrechts zur Überlagerung des SPE-

¹⁴⁰⁸ Im Ergebnis ebenso *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 89 f., 99, 149; für die SE *Brandi*, NZG 2003, 889, 891 ff.; *Habersack*, ZGR 2003, 724, 728 f.; *Wendt*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 994; ähnlich bei Auslandsgesellschaften *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 774 ff., 787, 788 ff.; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 35 f., 37 f. (mit Fn. 148); restriktiver wohl *Altmeyden/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 441, 445 ff., 453 ff., 460 f.; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 306; allgemein zur Niederlassungsfreiheit *Kiem*, in: *Habersack/Drinhausen/SE-Recht*, Vorbem. §§ 122a ff. UmwG Rn. 7 f., 10; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 35 ff.

¹⁴⁰⁸ A. A. für die SE *Altmeyden*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 27 ff.; *Veil*, WM 2003, 2169, 2173, 2174 f.; *Ebert*, BB 2003, 1854, 1859; *Brandi*, NZG 2003, 889, 891 ff.; *Habersack*, ZGR 2003, 724, 737 ff.; *ders.*, in: *Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Einl. Rn. 45 ff.; *Wendt*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 994, 998 ff.; im Ergebnis ebenso *Maul*, ZGR 2003, 743 ff.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 11 f.; zum Verhältnis des deutschen Konzernrechts zur Kapitalrichtlinie *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 3, 7, 75; offenlassend; *Paschos*, in: *Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht*, § 291 AktG Rn. 25; *Emmerich*, in: *ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 291 Rn. 78.

¹⁴⁰⁹ Vgl. allgemein Kapitel 4 C. II., E. IV.

¹⁴¹⁰ Vgl. Kapitel 5 C. und Kapitel 6 C. II.

¹⁴¹¹ Im Ergebnis ebenso *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93; *Martens*, Managementstrukturen, S. 160 f., 169 ff.

¹⁴¹² Zum mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a).

¹⁴¹³ Prinzipiell wohl ebenso *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 216; für die SE *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 107 ff., 197, 202, 214; auf Basis des SPE-VOEK im Ergebnis wohl a. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 256; *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574, 1576 f.

Unionsrechts vom Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers ab.¹⁴¹⁴ Erst recht überlagert das Vertragskonzernrecht das Satzungsunionsrecht, sofern das Satzungsunionsrecht nur auf die unverbundene SPE zugeschnitten ist.

Wie allerdings Fragen der Konzernausrichtung zeigen,¹⁴¹⁵ sind nicht sämtliche konzernrelevanten Aspekte Gegenstand von Regelungsaufträgen und damit der Privatautonomie des Satzungsgebers. Vielmehr gilt für bestimmte konzernrelevante Punkte nach Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU stets nationales Recht. Erlaubt dieses nationale Recht wie z. B. das deutsche Vertragskonzernrecht privatautonome konzernrelevante Regelungen, steht dies dem SPE-Unionsrecht grundsätzlich nicht entgegen. Eine Ausnahme bestünde allenfalls dann, wenn das Unionsrecht in dem Punkt abschließend ist und daher keine nach Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU zu schließende Lücke vorliegt. Dazu müsste das Unionsrecht aber unmissverständliche Hinweise darauf enthalten, dass es abschließend gemeint ist.¹⁴¹⁶ Im Hinblick auf die Konzernausrichtung als zentraler Frage des Konzernrechts ist das aber gerade nicht der Fall.¹⁴¹⁷ Daher kann nach Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nationales Vertragskonzernrecht auch insoweit zur Anwendung kommen, wie es Aspekte der Konzernausrichtung betrifft. Indem es in diesem Fall kein Satzungsunionsrecht geben kann, braucht das nationale Konzernrecht das Satzungsunionsrecht auch nicht zu überlagern.

Sofern dagegen konzernrelevante Punkte vom Unionsrecht umfasst sind, ohne dass ein Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers eröffnet ist oder ergänzend nationales Recht gilt, kann nationales Recht das Unionsrecht grundsätzlich nicht überlagern.¹⁴¹⁸ Nach allgemeinen Grundsätzen muss das jenseits des Unionsrechts geltende nationale Konzernrecht unionskonform sein und angewandt werden.¹⁴¹⁹ Der Verordnungsgeber hat ein vorrangiges Interesse an einer Rechtsform, die über ein unionsweit weitestgehend einheitliches, einfaches und flexibles Gesellschaftsrecht verfügt und hierdurch für die Unternehmen die Effizienz steigert.¹⁴²⁰ Mit der Flexibilität meint er vor allem die privatautonome Gestaltungsfreiheit.¹⁴²¹ Wenn aber die Unternehmen kraft privatautonomer Entscheidung ein bestimmtes – z. B. das deutsche – Vertragskonzernrecht wählen, entspricht dies dem Willen des Verordnungsgebers nach einer einfachen und flexiblen Rechtsform. Entscheidet sich der Satzungsgeber außerdem für die Sitzaufspaltung, ist sogar noch eine unionsweit weitestgehend einheitliche Rechtsform erreicht. Fördert das nationale Vertragskonzernrecht auf diese Art und Weise den *effet utile* der SPE-VO, hat der Unionsgesetzgeber ein Interesse an einer möglichst reibungslosen Anwendung des nationalen Vertragskonzernrechts. Falls und soweit also eine punktuelle Geltung von Unionsrecht diese reibungslose Anwendung stören sollte, muss das Unionsrecht in Bezug auf diesen speziellen Punkt hinter dem nationalen Vertragskonzernrecht zurückstehen. Insofern überlagert das nationale Vertragskonzernrecht das Unionsrecht.

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass ein nationales Vertragskonzernrecht im SPE-Konzern grundsätzlich einheitlich Anwendung findet, wenn die Unternehmen für dieses Vertragskonzernrecht optieren. Sofern das Unionsrecht im Regelungsbereich des Vertragskonzernrechts Regelungen trifft, kann das nationale Recht das

¹⁴¹⁴ Ähnlich auf Basis des SPE-VOE-K *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 108; für die SE *Hommelhoff*, AG 2003, 179, 182; *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 200 f.; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 308; zur Satzungsstrenge bzw. Gestaltungsfreiheit bei der SPE vgl. Kapitel 3 B. III.

¹⁴¹⁵ Vgl. ausführlich Kapitel 6.

¹⁴¹⁶ Vgl. Kapitel 4 C. I., II.

¹⁴¹⁷ Vgl. Kapitel 6 D. IV. 1.

¹⁴¹⁸ Vgl. unter soeben 2.

¹⁴¹⁹ Vgl. Kapitel 4 E. IV.

¹⁴²⁰ Vgl. Kapitel 2 H.

¹⁴²¹ Vgl. Kapitel 3 B.

Unionsrecht ausnahmsweise überlagern.

II. Nationaler SPE-Konzern

Fraglich ist, ob und inwiefern in deutschen SPE-Konzern deutsches Konzernrecht auf den SPE-Konzern Anwendung findet sowie wie sich dies auf Weisungsrechte und Konzernausrichtung im SPE-Konzern auswirkt.

1. Konzernbegriff

Da sich der SPE-VOE-HU zum Konzernbegriff nicht verhält, entscheidet sich die Frage, ob SPEs überhaupt einen Konzern bilden, nach deutschem Recht.¹⁴²² Danach wird die Konzernierung jedenfalls analog §§ 18 Abs. 1 S. 3, 17, 16 AktG dann widerleglich vermutet, wenn die übergeordnete SPE an der nachgeordneten SPE mehr als die Hälfte der Anteile hält. Durch einen Beherrschungsvertrag verbundene SPEs bilden analog § 18 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 291 AktG einen Konzern, da der Beherrschungsvertrag die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung unwiderleglich vermuten lässt.

2. Die SPE im Vertragskonzern deutschen Rechts

a) Vertragspartner

Die Auslegung ergibt zunächst, dass eine deutsche Mutter-SPE und ihre deutsche Tochter-SPE Parteien eines Beherrschungsvertrages sein können. Denn eine in Deutschland domizilierende SPE erfüllt als GmbH-ähnliche supranationale Rechtsform ohne weiteres die formalen Anforderungen an ein herrschendes¹⁴²³ bzw. beherrschtes Unternehmen¹⁴²⁴ im Sinne von § 291 Abs. 1 S. 1 AktG.

b) Beherrschungsvertrag als Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen

Unternehmensverträge könnten bereits nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 zulässig sein. Das wäre dann der Fall, wenn man den Abschluss eines Beherrschungsvertrages schlicht als *Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen* begreift und damit pauschal als zulässig ansieht.

Zwar ist der Regelungsauftrag in teleologischer Auslegung von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 weiter zu verstehen als sein Pendant in der Rechnungslegung.¹⁴²⁵ Er beschränkt sich nicht auf Geschäftsvorfälle im Rahmen klassischer Verkehrsgeschäfte bzw. *intercompany agreements*, *intercompany loans* und *intercompany securities* der Gesellschaft.¹⁴²⁶ Beherrschungs-, Ergebnisabführungs- oder andere Unternehmensverträge fallen damit nicht nur we-

¹⁴²² Vgl. Kapitel 2 A., Kapitel 4. V.; für eine Anwendung der §§ 15 ff. AktG auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 92, wohl auch auf S. 104; ebenso bei der SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 29.

¹⁴²³ Im Ergebnis auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 97, 108; allgemein *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 6; *Emmerich*, in: *ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 291 Rn. 8 f.; *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 291 Rn. 8; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, § 291 Rn. 21; für die SE vgl. z. B. *ders.*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 23 ff., 41.

¹⁴²⁴ Im Ergebnis auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 97, 108; allgemein *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 4 f.; *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 291 Rn. 6 f.; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, § 291 Rn. 17 ff.

¹⁴²⁵ Vgl. Kapitel 6 C. II. 3.

¹⁴²⁶ Vgl. IAS 24 Rn. 9 Abs. 2, Rn. 10; vgl. auch die zusammenfassenden Erläuterungen zu IAS 24; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 94, 98.

gen des weiten Begriffs der *Geschäfte*¹⁴²⁷ unter den Regelungsauftrag, sondern auch trotz ihrer spezifisch-deutschen Qualifizierung als gesellschaftsrechtliche Organisationsverträge.¹⁴²⁸ Doch gerade dieser besondere Charakter fordert dazu auf, die Unionsrechtsverträglichkeit von Unternehmensverträgen genauer zu untersuchen. Nicht jedes *Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen* kann bei der SPE schlicht und einfach bereits deshalb erlaubt sein, weil es in den Regelungsbereich von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 fällt. Folglich wäre es vorschnell, den Abschluss eines Beherrschungsvertrages schlicht als *Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen* zu begreifen und damit pauschal als zulässig anzusehen. Die Zulässigkeit von Unternehmensverträgen ergibt sich nicht bereits aus Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 19.

c) Recht zur Erteilung von Weisungen im Konzerninteresse

Es könnte analog §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 AktG in unionskonformer Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts möglich sein, im SPE-Konzern ein beherrschungsvertragliches Weisungsrecht zu begründen und auszuüben. Nach diesen Vorschriften sind im GmbH-Vertragskonzern gegen Verlustausgleich auch solche Weisungen erlaubt, die zum Nachteil des beherrschten Unternehmens und zum Vorteil des herrschenden Unternehmens oder einer anderen Konzerngesellschaft gereichen.¹⁴²⁹

Die Organisationsverfassung und Interessenausrichtung der SPE richten sich gemäß Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU grundsätzlich nach nationalem Recht.¹⁴³⁰ Dann ist es erst recht systemkonform, wenn das nationale Recht konzernspezifische Anpassungen der von ihm selbst vorgesehenen Organisationsverfassung und Interessenausrichtung vorsieht.

Das beherrschungsvertragliche Weisungsrecht hat satzungsüberlagernde Wirkung.¹⁴³¹ Dementsprechend gilt es auch dann, wenn der Satzungsgeber durch Gebrauchmachen von Regelungsaufträgen¹⁴³² auf unionsrechtlicher Ebene Weisungsrechte, Zustimmungsvorbehalte und Vetorechte etabliert¹⁴³³ oder fakultativ einen Aufsichtsrat bzw. Aufsichtspersonen im Verwaltungsorgan eingesetzt hat.¹⁴³⁴ Solche Regelungen sperren nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU das nationale Recht zwar eigentlich aus. Schließen die Unternehmen allerdings einen Beherrschungsvertrag ab, überlagert diese privatautonome Entscheidung die in der Satzung getroffenen privat-

¹⁴²⁷ Vgl. Kapitel 6 C. II. 3. d).

¹⁴²⁸ Allgemein z. B. *Heckschen*, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 6 Rn. 33; *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 55 ff.; a. A. *Hahn*, IPRax 2002, 107, 111 f.

¹⁴²⁹ Allgemein *Emmerich*, in: ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 291 Rn. 11 f.; *Habersack*, in: *Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Anhang zu § 318 Rn. 22 f.; *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG*, Anhang § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn. 468; *ders.*, GmbH-Konzernrecht, Kap. E Rn. 315 f. und 428 ff.; *Cornett*, Treubindung, S. 409, 412, 443 f., 485 ff.; *Casper*, in: *Ulmer/GmbHG*, Anh. § 77 Rn. 83; *Veil*, in: *Spindler/Stilz/AktG*, § 291 Rn. 6; *Tröger*, Treupflicht, S. 215.

¹⁴³⁰ Vgl. Kapitel 5 B. V. und Kapitel 6 D. IV. 4.

¹⁴³¹ Vgl. bereits vorstehend unter I. 3.; zum GmbH-Vertragskonzern *Veil*, in: *Spindler/Stilz/AktG*, Vorbem. §§ 291 ff. AktG Rn. 25 f.; *Altmeppen*, in: *MüKo-AktG*, § 291 Rn. 25 f.; *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG*, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 295, 646, 657 f., 706; *Wicke*, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 6; *Koch*, in: *Hüffer/AktG*, § 17 Rn. 12; *Emmerich*, in: *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 291 Rn. 25 ff.; *Hoffmann*, in: *Michalski/GmbHG*, § 53 Rn. 156 f.; vgl. auch *Hommelhoff*, AG 2003, 179, 181 f.

¹⁴³² Und zwar VOE-HU-Anhang I Nr. 10 (und ggf. zusätzlich Nr. 9) oder Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU.

¹⁴³³ Wohl a. A. *Martens*, Managementstrukturen, S. 176; wie hier für die GmbH *Verse*, in: *Henssler/Strohn/ Gesellschaftsrecht*, Anh. § 13 GmbHG Rn. 94 f.; zu Weisungsrechten und Zustimmungsvorbehalten bei der SPE vgl. Kapitel 5 C.

¹⁴³⁴ Ebenso für die GmbH *Verse*, in: *Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht*, Anh. § 13 GmbHG Rn. 96; *Altmeppen*, in: *Roth/ders./GmbHG*, Anh. § 13 Rn. 54.

autonomen Entscheidungen. Denn der Ordnungsgeber möchte mithilfe seiner Regelungsaufträge den Gestaltungsspielraum der Unternehmen erweitern und nicht begrenzen. Vor diesem Hintergrund ist es dem Satzungsgeber nicht verwehrt, dasjenige zu suspendieren, dessen Schaffung in seiner freien Entscheidung lag.

Analog § 299 AktG darf die übergeordnete SPE die nachgeordnete SPE wie im GmbH-Vertragskonzern aber nicht dazu anweisen, den Unternehmensvertrag als solchen zu ändern, aufrechtzuerhalten oder zu beenden¹⁴³⁵ oder den Bilanzgewinn an die übergeordnete SPE abzuführen.¹⁴³⁶ In unionsrechtskonformer Auslegung und Anwendung¹⁴³⁷ des deutschen Vertragskonzernrechts ist das beherrschungsvertragliche Weisungsrecht jedoch in zwei Punkten zu modifizieren. Unabdingbar sind zunächst diejenigen Minimalkompetenzen, die der SPE-VOE-HU zwingend der Gesellschafterversammlung zuordnet.¹⁴³⁸ Außerdem sind *prima facie* auch die Mitglieder des Aufsichtsorgans bzw. sämtliche Mitglieder des Verwaltungsorgans Weisungsempfänger der herrschenden SPE.¹⁴³⁹ Denn anders als bei der GmbH sind auch diese Personen zur Geschäftsführung und Vertretung der beherrschten SPE befugt.¹⁴⁴⁰ Anderes gilt voraussichtlich allenfalls dann, wenn der deutsche Gesetzgeber bei Beteiligung am SPE-Projekt von seinem Wahlrecht in Art. 27 Abs. 4 SPE-VOE-HU Gebrauch macht, um parallel zur SE das Amt *geschäftsführender Direktoren* einzuführen.¹⁴⁴¹

Folglich ist die Begründung und Ausübung eines beherrschungsvertraglichen Weisungsrechts analog §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 AktG in unionskonformer Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts möglich.¹⁴⁴² Danach sind wie bei der GmbH auch solche Weisungen erlaubt, die zum Nachteil des beherrschten Unternehmens und zum Vorteil des herrschenden Unternehmens oder einer anderen Konzerngesellschaft gereichen.

d) Sorgfalt und Haftung

Fraglich ist, welches Sorgfalts- und Haftungsregime im SPE-Vertragskonzern deutschen Rechts zu beachten ist, wenn Weisungen erteilt und befolgt werden. Nach Art. 4 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU könnten die für den GmbH-Vertragskonzern geltenden Regelungen zur Anwendung kommen.

Die herrschende SPE haftet der beherrschten SPE wie im GmbH-Konzern¹⁴⁴³ bei fehlerhaften Weisungen nach § 280 S. 1 BGB auf Schadenersatz. Denn das Unionsrecht enthält keinen entsprechenden Haftungstatbestand

¹⁴³⁵ Ebenso *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 191; zur Rechtslage bei der GmbH *Verse*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Anh. § 13 GmbH-Konzernrecht Rn. 97.

¹⁴³⁶ Zur Rechtslage im GmbH-Konzern *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 807.

¹⁴³⁷ Vgl. allgemein Kapitel 4 E. IV.

¹⁴³⁸ So auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 189 f.; für die GmbH *Verse*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Anh. § 13 Rn. 94 f.; für die SE *Veil*, WM 2003, 2169, 2174; zu den zwingenden Beschlusskompetenzen der SPE-Gesellschafterversammlung vgl. Kapitel 5 B., C. 2.

¹⁴³⁹ Ebenso *Martens*, Managementstrukturen, S. 175.

¹⁴⁴⁰ Auf Basis des SPE-VOE-K wie hier *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 902; Bückner, ZHR 173 (2009), 281, 293; a. A. *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 284; zur Kompetenzstruktur in der SPE vgl. Kapitel 5 B. I.

¹⁴⁴¹ Zur SE *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 43 Rn. 183 f.; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 31 f.; vgl. auch *Eberspächer*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 48 SE-VO Rn. 8 m. w. N.; vgl. auch *Veil*, WM 2003, 2169, 2174 f.; skeptisch dagegen *Hirte*, in: GK-AktG, § 308 Rn. 75.

¹⁴⁴² Ebenso *Martens*, Managementstrukturen, S. 171, 174 f., vgl. aber S. 177; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 187 ff., 254 f.; zur SE vgl. *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 59, 61, 65, 67 ff., 74.

¹⁴⁴³ Vgl. *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 798; *Servatius*, in: Michalski/GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 137, 159, 170.

und ist insoweit lückenhaft.¹⁴⁴⁴ Außerdem wird die Haftung zwar aus einer allgemeinen schuldrechtlichen Norm hergeleitet, ist aber wegen ihres rechtsfortbildend gesellschafts- und organisationsspezifischen Zuschnitts zum Gesellschaftsrecht der SPE zu zählen.¹⁴⁴⁵ Mithin kommt die Schadenersatzhaftung aus § 280 S. 1 BGB gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU zur Anwendung.

Die Organmitglieder beider Gesellschaften könnten wie bei der GmbH¹⁴⁴⁶ analog §§ 309, 310 AktG einem besonderen Sorgfalts- und Haftungsregime unterliegen. Das Unionsrecht enthält keine entsprechenden Haftungstatbestände und ist insoweit lückenhaft.¹⁴⁴⁷ Als organspezifische Tatbestände einer gesellschaftsinternen Haftung sind §§ 309, 310 AktG gesellschaftsrechtlicher Natur, mögen sie auch dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlungen unterfallen.¹⁴⁴⁸ Daher fallen sie in den Regelungsbereich des SPE-VOE-HU und finden nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU auf den deutschen SPE-Vertragskonzern Anwendung. Die Organmitglieder der Mutter- und Tochter-SPE unterliegen also wie bei der GmbH analog §§ 309, 310 AktG einem besonderen Sorgfalts- und Haftungsregime.¹⁴⁴⁹ Verletzen die gesetzlichen Vertreter der herrschenden SPE bei der Erteilung von Weisungen die ihnen obliegende Sorgfalt, haften sie der beherrschten SPE als Gesamtschuldner persönlich für den entstandenen Schaden. Auf Ebene der beherrschten SPE sind die Mitglieder des Geschäftsführungs- und des ggf. eingerichteten Aufsichtsorgans bei Sorgfaltsverstößen ihrer Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet, es sei denn, sie waren rechtlich zur Befolgung der Weisung verpflichtet. Die Ersatzansprüche der beherrschten SPE analog §§ 309, 310 AktG sind erst nach drei Jahren verzichtbar und können auch von den Gesellschaftern und Gläubigern der beherrschten SPE zur Leistung an jene geltend gemacht werden. In der monistischen SPE sind die Tatbestände unionsrechtskonform auszulegen.¹⁴⁵⁰ Allerdings ist gesteigerte Vorsicht geboten, weil der Ordnungsgeber sämtliche Verwaltungsratsmitglieder als gesetzliche Vertreter der SPE ansieht.¹⁴⁵¹

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die herrschende SPE und ihre Organmitglieder sowie die Organmitglieder der beherrschten SPE unter Geltung eines Beherrschungsvertrages grundsätzlich nach denselben Regeln haften wie bei der konzernierten GmbH.

e) Form und Verfahren

Fraglich ist allerdings, ob und inwiefern die deutschen Form- und Verfahrensregelungen gelten, wenn sich eine SPE durch Abschluss eines Beherrschungsvertrags unterwirft. Dazu müssten diese Regelungen unionsrechtskonform sein bzw. ggf. in unionsrechtskonformer Auslegung und Anwendung modifiziert werden. Eine solche Modifizierung ist dann erforderlich, wenn und soweit das deutsche GmbH-Konzernrecht geringere Anforderungen als

¹⁴⁴⁴ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. a), c), Kapitel 5 C. II. 3., Kapitel 6 D. II. 5.

¹⁴⁴⁵ Allgemein Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 35; Kapitel 3 A. I. 1. a), c).

¹⁴⁴⁶ Vgl. Liebscher, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 797 ff. m. w. N.

¹⁴⁴⁷ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. a), c), Kapitel 5 C. II. 3., Kapitel 6 D. II. 5.

¹⁴⁴⁸ Zum Gerichtsstand Ehricke, in: MüKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 56 f.

¹⁴⁴⁹ Für die analoge Anwendung der §§ 309, 310 AktG (wohl auf Basis des SPE-VOE-K) auch Kneisel, SPE im Konzern, S. 189; bei der SE Paefgen, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 63 f., 71 ff., 76 ff.

¹⁴⁵⁰ Vgl. allgemein Kapitel 4 E. IV.

¹⁴⁵¹ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-K wie hier Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 902; Bückner, ZHR 173 (2009), 281, 293; a. A. Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 284; zur SE vgl. Altmeyden, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 31 f.; vgl. auch Eberspächer, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 48 SE-VO Rn. 8 m. w. N.; vgl. auch Veil, WM 2003, 2169, 2174 f.; skeptisch dagegen Hirte, in: GK-AktG, § 308 Rn. 75.

das Unionsrecht vorsieht. Dann müssen die Anforderungen des Unionsrechts eingehalten werden.¹⁴⁵²

Der privatschriftlich abzuschließende Beherrschungsvertrag¹⁴⁵³ bedarf zu seiner Wirksamkeit zunächst eines beurkundeten Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der beherrschten SPE. Denn infolge des *Supermarkt*-Beschlusses des BGH ist im GmbH-Vertragskonzern anerkannt, dass ein solcher Beschluss aufgrund des organisationsändernden Charakters des Beherrschungsvertrages analog § 53 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG bzw. § 293 Abs. 1 S. 1 AktG erforderlich ist.¹⁴⁵⁴ Indem Art. 28 Abs. 1 lit. o, Abs. 3 S. 3 SPE-VOE-HU Satzungsänderungen von einem gemäß den nationalen Formvorschriften, mindestens aber schriftlich gefassten Gesellschafterbeschluss abhängig macht, ist die Anwendung der deutschen Grundsätze systemkonform.¹⁴⁵⁵ Der Zustimmungsbeschluss muss entsprechend der im GmbH-Konzernrecht überwiegend vertretenen Ansicht¹⁴⁵⁶ mit der Mehrheit sämtlicher Gesellschafter gefasst werden,¹⁴⁵⁷ weshalb eine analoge Anwendung der §§ 293a-f, 304, 305 AktG entbehrlich ist; das herrschende Unternehmen unterliegt keinem Stimmrechtsausschluss. Die deutschen Grundsätze sind unionsrechtskonform. Denn das Unionsrecht sieht mit der in Art. 28 Abs. 1 lit. o, Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU geforderten Zweidrittelmehrheit entweder eine geringere Schwelle oder mit der nach denselben Vorschriften möglichen Satzungsregelung eine ebenso hohe Schwelle vor. Außerdem ist Art. 28 Abs. 2 S. 4 SPE-VOE-HU mit seinem Stimmrechtsausschluss für eigene Geschäftsanteile nicht einschlägig.

Ebenso wie bei der GmbH ist die Anwendung des § 308 Abs. 3 AktG beim Vorhandensein fakultativer Aufsichtspersonen ausgeschlossen und fraglich, wenn die SPE über ein obligatorisches Aufsichtsorgan bzw. ein Verwaltungsorgan mit Arbeitnehmervertretern verfügt.¹⁴⁵⁸ Denn Satzungsregelungen zu fakultativen Aufsichtspersonen werden durch die hinzutretende privatautonome Entscheidung zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages suspendiert. In Bezug auf ein obligatorisches Aufsichtsorgan bzw. Verwaltungsorgan mit Arbeitnehmervertretern ist die Anwendung deutschen Rechts systemkonform, weil Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE-HU mit dem Verweis auf das nationale Mitbestimmungsregime ohnehin nationales Recht zur Anwendung beruft.

Des Weiteren bedarf der Beherrschungsvertrag zu seiner Wirksamkeit eines privatschriftlichen Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der herrschenden SPE mit einer qualifizierten Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen und mindestens zwei Dritteln des gesamten Kapitals, sofern die

¹⁴⁵² Ähnlich bei Auslandsgesellschaften *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 774 ff., 787; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 35 f., 37 f. (mit Fn. 148); restriktiver wohl *Altmeppen/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 441, 445 ff., 453 ff.; zur Gestaltungsfreiheit beim Beherrschungsvertrag vgl. *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 662.

¹⁴⁵³ So auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 172.

¹⁴⁵⁴ In diese Richtung auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 42, 238, für die Zulässigkeit von Reservebeschlüssen auf S. 173.

¹⁴⁵⁵ Ebenso zu Art. 27 Abs. 1 lit. p SPE-VOE-K *Martens*, Managementstrukturen, S. 42, 238; wohl generell a. A. *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 217 ff.; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 104, 106, 109 ff., 216 f., 279 f., 284;

¹⁴⁵⁶ Vgl. *Emmerich*, in: ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 293 Rn. 42 ff. m. w. N.

¹⁴⁵⁷ Ebenso *Martens*, Managementstrukturen, S. 172 f., vgl. aber S. 239.

¹⁴⁵⁸ Vgl. Artt. 27 Abs. 3a, 35 Abs. 1 SPE-VOE-HU; bei deutschen SPEs gelten also die Vorschriften des Drittelbeteiligungsgesetzes, des Mitbestimmungsgesetzes bzw. des Montanmitbestimmungsgesetzes; die Unanwendbarkeit auf die monistische SPE erwägend *Martens*, Managementstrukturen, S. 142, 172, 176; teilweise offenlassend *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 187 ff., 254 f.; zum deutschen Recht *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 704 ff., 769 f.; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, Schl.Anh. Konzernrecht Rn. 51 ff.; *Emmerich*, in: ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 9 f., 70 ff.; *Verse*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Anh. § 13 GmbHG Rn. 96; *Altmeppen*, in: Roth/ders./GmbHG, Anh. § 13 Rn. 54, 56; zur SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 61, 69 f., 75.

Satzung kein höheres Quorum vorsieht.¹⁴⁵⁹ Die im GmbH-Konzern analog § 53 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 HS 2 bzw. § 293 Abs. 2 AktG und der bei der SPE für Satzungsänderungen geltende Art. 28 Abs. 1 lit. o, Abs. 2 S. 1 SPE-VOE-HU sind kumulativ anzuwenden. Indem die jeweils höhere Schwelle ausschlaggebend ist, sind die gestellten Anforderungen in jedem Fall unionsrechtskonform.

Die Zustimmungsbeschlüsse und damit der Beherrschungsvertrag werden mit Eintragung des Beherrschungsvertrags in das Handelsregister der beherrschten SPE wirksam.¹⁴⁶⁰ Diese im deutschen GmbH-Konzernrecht analog § 54 GmbHG bzw. § 294 AktG geforderte Wirksamkeitsvoraussetzung ist unionsrechtskonform. Denn Art. 28 Abs. 7 SPE-VOE-HU schreibt vor, dass die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gemäß den nationalen Bestimmungen geltend gemacht werden können. Schließlich müssen die Zustimmungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlungen noch im Bundesanzeiger veröffentlicht werden.¹⁴⁶¹ Denn das deutsche Registergericht macht zwar nach der Eintragung des Beherrschungsvertrages dessen Abschluss und das Fassen der Zustimmungsbeschlüsse bekannt, nicht aber die Zustimmungsbeschlüsse als solche. Das ist bei der SPE aber nicht ausreichend. Art. 28 Abs. 1 lit. o, Abs. 6 i. V. m. Art. 11 SPE-VOE-HU verlangt vielmehr, dass Satzungsänderungsbeschlüsse nach nationalem Recht bekanntgemacht werden.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die deutschen Form- und Verfahrensregelungen beim Abschluss eines Beherrschungsvertrages durch eine SPE anwendbar, aber in unionsrechtskonformer Auslegung und Anwendung an einigen Stellen zu modifizieren sind.

f) Zwischenfazit: Weisungen im Konzerninteresse nach deutschem Vertragskonzernrecht

Deutsches Vertragskonzernrecht findet auf den SPE-Konzern Anwendung.¹⁴⁶² Wie bei der GmbH auch solche Weisungen erlaubt, die zum Nachteil des beherrschten Unternehmens und zum Vorteil des herrschenden Unternehmens oder einer anderen Konzerngesellschaft reichen. Sollten in der Satzung der Tochter-SPE unionsrechtliche Weisungsrechte installiert worden sein, werden diese Weisungsrechte durch das beherrschungsvertragliche Weisungsrecht suspendiert.

3. Die SPE im faktischen Konzern deutschen Rechts

Fraglich ist, ob und inwieweit das deutsche Recht für faktische GmbH-Konzerne auf den SPE-Konzern anwendbar ist sowie wie sich dies auf Weisungsrechte und Konzernausrichtung im SPE-Konzern auswirkt.

a) Struktur der SPE

Nach ganz überwiegender Meinung im deutschen Recht können die §§ 311 ff. AktG auf den faktischen GmbH-Konzern nicht analog angewendet werden, weil sich die GmbH von der AG strukturell grundlegend unterscheidet.

¹⁴⁵⁹ Grundsätzlich ebenso *Martens*, Managementstrukturen, S. 172 f.

¹⁴⁶⁰ A. A. *Martens*, Managementstrukturen, S. 172; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 96, 109 ff., 285; vgl. aber auch *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 241, 270.

¹⁴⁶¹ Wegen Abschaffung der Papierversion gibt es seit dem 1. April 2012 nur noch den *Bundesanzeiger* und nicht mehr speziell auch den *Elektronischen Bundesanzeiger*, Informationen abrufbar unter www.bundesanzeiger.de; wohl generell a. A. *Wirtz*, Lückenfüllung, S. 217 ff.

¹⁴⁶² Im Ergebnis auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 161, 170 ff.; einschränkend *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 99 f., 102, 108, 283.

det und die Abhängigkeitsberichtspflicht auf die GmbH nicht passt.¹⁴⁶³ Diese Erwägungen könnten auf den faktischen SPE-Konzern übertragbar sein.

Die SPE unterscheidet von der SE strukturell ebenso grundlegend wie die GmbH von der AG. Das ergibt sich aus einem Typenvergleich der Rechtsformen¹⁴⁶⁴ unabhängig von privatautonomen Satzungsgestaltungen im Einzelfall. Ebenso wie die GmbH ist die SPE eher auf kleinere Unternehmen zugeschnitten,¹⁴⁶⁵ deren wenige Gesellschafter untereinander persönlich verbunden sind.¹⁴⁶⁶ Nach diesem gesetzlichen Leitbild muss den Gesellschaftern einer SPE wie denjenigen einer GmbH¹⁴⁶⁷ anstelle eines bloßen Nachteilsausgleichs ein Recht auf Teilhabe am unternehmerischen Erfolg zugestanden werden.

Außerdem ist fraglich, ob die SPE einer Abhängigkeitsberichtspflicht unterworfen werden sollte. Dazu müsste eine solche Pflicht mit der Organisationsverfassung einer SPE vereinbar sein. Nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU hat die Gesellschafterversammlung der SPE deutscher Provenienz grundsätzlich eine ebenso starke Stellung wie diejenige der GmbH.¹⁴⁶⁸ Sie verfügt über umfassende Weisungsrechte gegenüber der Geschäftsleitung. Ein Aufsichtsrat besteht entweder nicht oder unterliegt selbst bei obligatorischer Bildung starken Beschränkungen bei der Überwachung der Geschäftsleitung. Anders als bei der SE fehlt bei der SPE ein Organ zur Prüfung des Abhängigkeitsberichts also grundsätzlich und nicht nur bei Wahl einer monistischen Organisationsverfassung.¹⁴⁶⁹ In einer Gesamtschau der grundlegenden Strukturmerkmale der SPE ist eine Abhängigkeitsberichtspflicht selbst dann abzulehnen, wenn im Einzelfall die Satzung eine autonome Geschäftsleitung etabliert und ein Aufsichtsrat existiert. Folglich spricht die Organisationsverfassung der SPE gegen eine Abhängigkeitsberichtspflicht. Außerdem wäre die Erfüllung einer solchen Pflicht für die SPE als kleine Kapitalgesellschaft unangemessen kompliziert. Folglich stellen bei der SPE ebenso wie bei der GmbH sowohl der zeitlich gestreckte Nach-

¹⁴⁶³ Zur GmbH *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535 ff.; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 317 ff., 395, 469 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 54 ff.; *Verse*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Anh. § 13 GmbHG Rn. 43 ff.; *Habersack*, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 318 Rn. 6 f.; zur Gegenansicht, die §§ 311, 317 AktG analog anwenden möchte, vgl. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen/GmbHG, § 13 Rn. 112, Anh. § 13 Rn. 154 ff., § 30 Rn. 8, 102, 106 ff.; *ders.*, NZG 2010, 401, 406 ff.; abweichend *Heidinger*, in: Michalski/GmbHG, § 30 Rn. 214; aber wohl nicht mehr *ders.*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 30 Rn. 148.1, 149.1; ebenfalls abweichend *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 481, 521 ff.; zur SE vgl. *Hommelhoff*, AG 2003, 179, 183 f.

¹⁴⁶⁴ Nach dem Vorbild einer im Steuerrecht gängigen Methode; dazu z. B. *Engert*, in: Eidenmüller/Ausl. Kapitalgesellschaften, § 8 Rn. 30 ff., 43, 89.

¹⁴⁶⁵ SPE-VOE-HU Erwägungen 2, 3 (S. 7), 7 (S. 9) 9 (S. 11) und 13 (S. 12); vgl. auch bereits SPE-VOE-K Begründung (S. 2).

¹⁴⁶⁶ SPE-VOE-HU Erwägung 9 (S. 11); unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285; zur Treuepflicht bei der SPE vgl. Kapitel 6 D. II. 5. c).

¹⁴⁶⁷ Vgl. *Verse*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Anh. § 13 GmbHG Rn. 50 f.; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 319 f.; ähnlich *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, Systemat. Darstellung Konzernrecht Rn. 523 ff.; zur umstrittenen analogen Anwendung von § 243 Abs. 2 S. 2 AktG auf die GmbH Allgemein *Römermann*, in: Michalski/GmbHG, Anh. § 47 Rn. 310 m. w. N.

¹⁴⁶⁸ Vgl. Kapitel 5; zur GmbH vgl. § 37 GmbHG; *Thieves*, in: MüKo-GmbHG, § 37 Rn. 19 ff.

¹⁴⁶⁹ Im Ergebnis auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285; grundsätzlich ebenso bei der SE *Veil*, WM 2003, 2169, 2172 ff.; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 35 ff.; *Maul*, ZGR 2003, 743, 751 ff.; *Hommelhoff*, AG 2003, 179, 183 f.; im Ergebnis ohne Bedenken dagegen *Brandi*, NZG 2003, 889, 894 f.; *Habersack*, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 46 f.; allgemein auch *Ebert*, BB 2003, 1854, 1859; ausdrücklich ohne Bedenken im Hinblick auf den zeitlich gestreckten Nachteilsausgleich *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 142, 149 f.; *Wendt*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 1001; *Habersack*, ZGR 2003, 724, 731 ff., 742; im Ergebnis ebenso *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 11 f.

teilsausgleich als solcher¹⁴⁷⁰ als auch der Abhängigkeitsbericht als Mittel zur Erreichung eines ordnungsgemäßen Nachteilsausgleichs einen Fremdkörper im System dar. Eine analoge Anwendung der §§ 311 ff. AktG auf den faktischen SPE-Konzern scheidet aus.

b) Anwendbarkeit des Rechts für faktische GmbH-Konzerne auf den SPE-Konzern

Also könnten im faktischen SPE-Konzern über Art. 4 Abs. 2 und 3 SPE-VOE-HU bzw. allgemeine Grundsätze diejenigen Rechtsinstitute und Haftungsnormen zur Anwendung kommen, die die ganz überwiegende Meinung im deutschen Recht anstelle der §§ 311 ff. AktG für den faktischen GmbH-Konzern heranzieht.¹⁴⁷¹ Dazu müssten diese Rechtsinstitute und Haftungsnormen allerdings Lücken im Unionsrecht füllen und unionsrechtskonform sein.

(1) Weisungsrechte

Enthält die Satzung der Tochter-SPE ein unionsrechtliches Weisungsrecht, sperrt dies gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU das nationale GmbH-Recht. Wenn die Gesellschafterversammlung unionsrechtliche Weisungsrechte verankert bzw. ausübt, muss sie ggf. bestimmte unionsrechtliche Verfahrens- und Formvorschriften beachten.¹⁴⁷²

Verzichtet der Satzungsgeber dagegen auf ein unionsrechtliches Weisungsrecht, finden gemäß Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU die für die GmbH geltenden Grundsätze Anwendung. Das betrifft sowohl für die materiellrechtliche Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Weisungen, als auch für das Verfahren etwaiger Weisungserteilungen.¹⁴⁷³ Die Gesellschafterversammlung ist das stärkste Organ und kann nach § 37 GmbHG grundsätzlich umfängliche Geschäftsführungs- und Weisungsrechte ausüben.¹⁴⁷⁴ Im Konzern ist diese Situation sehr komfortabel. Daher muss allenfalls erwogen werden, durch eine dem nationalen Recht unterliegende Sonstige Satzungsregelung im Sinne von Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU spezielle Zustimmungsvorbehalte bzw. Vetorechte zu etablieren.¹⁴⁷⁵

¹⁴⁷⁰ Zur Rechtslage bei der AG *Leuering/Goertz*, in: Hölters/AktG, § 311 Rn. 9; Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, § 311 Rn. 63; Bödeker, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 311 AktG Rn. 36; Koch, in: Hüffer/AktG, § 311 Rn. 49 f.; Habersack, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 82 ff.; Tröger, Treupflicht, S. 198, 205 f.

¹⁴⁷¹ Zur Hauptmeinung im deutschen Recht ausführlich Hommelhoff, ZGR 2012, 535 ff.; Liebscher, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 317 ff., 395, 469 ff.; Fastrich, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 54 ff.; Verse, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Anh. § 13 GmbHG Rn. 43 ff.; Habersack, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 318 Rn. 6 f.; zur Gegenansicht, die §§ 311, 317 AktG analog anwenden möchte, vgl. Altmeppen, in: Roth/Altmeppen/GmbHG, § 13 Rn. 112, Anh. § 13 Rn. 154 ff., § 30 Rn. 8, 102, 106 ff.; ders., NZG 2010, 401, 406 ff.; abweichend Heidinger, in: Michalski/GmbHG, § 30 Rn. 214; aber wohl nicht mehr ders., in: Beck'scher OK-GmbHG, § 30 Rn. 148.1, 149.1; ebenfalls abweichend Servatius, in: Beck'scher OK-GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 481, 521 ff.; zur SE vgl. Hommelhoff, AG 2003, 179, 183 f.

¹⁴⁷² Vgl. Kapitel 5 C. III.

¹⁴⁷³ A. A. Martens, Managementstrukturen, S. 138 f., 140 f., 147, 166 f., 238.

¹⁴⁷⁴ Zum deutschen GmbH-Recht vgl. z. B. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 37 Rn. 41, § 53 Rn. 53; Wisskirchen/Kuhn, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 37 Rn. 15 ff.

¹⁴⁷⁵ Zur GmbH allgemein z. B. Wicke, GmbHG, § 37 Rn. 4, 6 f.; Lenz, in: Michalski/GmbHG, § 37 Rn. 16; Stephan/Tieves, in: MüKo-GmbHG, § 37 Rn. 4 ff. und 115 ff.

(2) Konzernausrichtung

Unabhängig davon, ob die Satzung der Tochter-SPE ein unionsrechtliches Weisungsrecht enthält oder nicht, dürfen Konzerninteressen gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nur nach nationalem Recht berücksichtigt werden.¹⁴⁷⁶ Im faktischen SPE-Konzern deutschen Rechts könnten demnach ebenso wie nach überwiegender Ansicht zum faktischen GmbH-Konzern¹⁴⁷⁷ grundsätzlich ein Schadenersatzbewehrtes Schädigungsverbot sowie unter Fortgeltung des unionsrechtlichen Kapitalerhaltungsgebots eine Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB herrschen. Zur Beantwortung dieser Fragen ist jedoch eine umfängliche weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU erforderlich, inwiefern das Unionsrecht lückenhaft ist und die deutschen Rechtsinstitute diese Lücken füllen dürfen. Diese Auslegung wird an späterer Stelle vorgenommen.¹⁴⁷⁸

(3) Sonstige Haftungsgrundsätze

Mangels eines unionsrechtlichen Haftungstatbestands¹⁴⁷⁹ haften die Gesellschafter der Tochter-SPE für unionsrechtswidrige Weisungen gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nach nationalem Recht. Sofern für Weisungsrechte nationales Recht gilt, werden Verstöße gegen das nationale Recht konsequenterweise ebenfalls nach nationalem Recht behandelt. Art. 28 Abs. 4 SPE-VOE-HU, wonach Gesellschafterbeschlüsse mit der SPE-VO und der Satzung im Einklang stehen müssen und nach nationalem Recht angefochten werden können, steht dem nicht entgegen.¹⁴⁸⁰ Dementsprechend haftet die Muttergesellschaft einer SPE deutscher Provenienz zwar nicht als faktische Geschäftsführerin,¹⁴⁸¹ wohl aber nach dem als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden § 317 Abs. 4 AktG und anderen gesellschaftsrechtlichen Haftungsgrundsätzen.¹⁴⁸²

Indem das Unionsrecht die Haftung von Organmitgliedern bewusst nicht regelt, können zusätzlich die Organmitglieder der Mutter- und Tochter-SPE wegen der Erteilung bzw. Ausführung rechtswidriger Weisungen haften.¹⁴⁸³ Die Organmitglieder der Mutter-SPE können gemäß §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 3 AktG zur Verantwortung gezogen werden,¹⁴⁸⁴ während für die Organmitglieder der Tochter-SPE § 43 GmbHG gilt.¹⁴⁸⁵ Mangels Auslandsberührung werden die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze vergleichsweise problemlos durch die jenseits des Regelungsbereichs des SPE-VOE-HU beheimateten nichtgesellschaftsrechtlichen Haftungsgrundsätze ergänzt.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁷⁶ Vgl. Kapitel 5 A., Kapitel 6 B., C. IV., E.

¹⁴⁷⁷ Zur GmbH vgl. z. B. *Vogt*, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 315.

¹⁴⁷⁸ Vgl. dazu Kapitel 8 D. II. 1. a) (1) und (2).

¹⁴⁷⁹ Vgl. Kapitel 6 D. II. 5. c) (7) und (8); aus organisationsrechtlicher Perspektive *Hommelhoff*, in: FS Stilz, S. 287, 290.

¹⁴⁸⁰ Allerdings zu Recht auf Abgrenzungsprobleme hinweisend *Navez*, in: ECFR-Special 2013, pp. 147, 166, 174; zum Beschlussmängelrecht vgl. Kapitel 6 D. II. 5. c) (2) (d).

¹⁴⁸¹ So z. B. *Drygala/Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch/GmbH-Geschäftsführung, § 42 Rn. 77; *Mülbert*, in: MüKo-HGB, Konzernrecht der Personengesellschaften Rn. 208, 221, 229; *Lutter*, in: ders./Hommelhoff/GmbHG, Anh. Zu § 13 Rn. 22; a. A. bei der GmbH & Co. KG *U.H. Schneider/Crezelius*, in: Scholz/GmbHG, § 43 Rdnr. 429 ff.; bei der GmbH *Jungkurth*, Konzernleitung bei der GmbH, S. 169 ff.; allgemein *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, § 43 Rn. 220 ff.

¹⁴⁸² Ebenso für die SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 43; zum Gerichtsstand der Haftung aus § 317 AktG *Ehrliche*, in: MüKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 67; *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 91.; vgl. auch Kapitel 5 C. II. 3.

¹⁴⁸³ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); Kapitel 5 C. II. 3.

¹⁴⁸⁴ Ebenso für die SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 43.

¹⁴⁸⁵ Auf Basis des SPE-VOE-SE ebenso *Freudenberger*, NZG 2010, 527, 529.

¹⁴⁸⁶ Vgl. Kapitel 3 A. I.; zum deutschen Recht *Habersack*, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 318 Rn. 6, 32; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 433 ff.; jeweils m. w. N.

(4) Zwischenfazit: Weisungsrechte und Konzernausrichtung grundsätzlich nach deutschem GmbH-Konzernrecht

Die von der ganz überwiegenden Meinung im deutschen Recht angewandten Rechtsgrundsätze sind grundsätzlich über Art. 4 Abs. 2 und 3 SPE-VOE-HU bzw. allgemeine Grundsätze ohne Anpassungen auf den faktischen SPE-Konzern deutschen Rechts anzuwenden.¹⁴⁸⁷ Indem das deutsche GmbH-Recht der Gesellschafterversammlung umfängliche Geschäftsführungs- und Weisungsrechte zugesteht, steigert ein satzungsunionsrechtlich vereinbartes Weisungsrecht die Effizienz grundsätzlich nicht. Für die Effizienz im SPE-Konzern wesentlich ist aber die an späterer Stelle zu beantwortende Frage, ob und inwieweit das Schädigungsverbot und die Existenzvernichtungshaftung auf die SPE angewendet werden können.

4. Zwischenfazit: Nationaler SPE-Konzern

Der rein nationale SPE-Konzern mit Satzungssitzen in Deutschland ähnelt dem nationalen GmbH-Konzern. Der Konzernbegriff als solcher folgt deutschem Recht.¹⁴⁸⁸ Außerdem finden grundsätzlich weitestgehend das deutsche Vertragskonzernrecht bzw. das deutsche Recht faktischer GmbH-Konzerne Anwendung.¹⁴⁸⁹ Für die Effizienz im SPE-Konzern ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Gesellschafter ein unionsrechtliches Weisungsrecht vereinbaren oder nicht. Da ein Beherrschungsvertrag nachteilige Weisungen erlaubt kann sich allerdings ein Abschluss desselben ebenso wie im deutschen GmbH-Konzern effizienzsteigernd auswirken.

Indem auf den rein nationalen SPE-Konzern neben dem SPE-VOE-HU unabhängig von Qualifikationsfragen¹⁴⁹⁰ stets deutsches Recht zur Anwendung kommt, ist es im rein nationalen SPE-Konzern weitestgehend unschädlich, dass es kein Konzernstatut gibt.¹⁴⁹¹

III. Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung

Fraglich ist, welche Auswirkungen der Grenzübertritt auf die Anwendung des nationalen Konzernrechts sowie insbesondere auf Weisungsrechte und Konzernausrichtung im SPE-Konzern hat.

1. Wertender Sachnormverweis auf das ausländische Konzernrecht

Im sitzgekoppelten transnationalen Konzern gilt für das Konzernverhältnis sowie für den Schutz auf Ebene der Unter-SPE das durch ausländisches Recht durchfärbte Personalstatut der Unter-SPE. Das ergibt sich im Wege eines SPE-spezifischen *wertenden Sachnormverweises*¹⁴⁹² entsprechend der aus dem deutschen Internationalen Konzernrecht bekannten Grundsätze.

¹⁴⁸⁷ Im Ergebnis auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 161, 164 f.; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285.

¹⁴⁸⁸ Vgl. unter vorstehend 1.

¹⁴⁸⁹ Vgl. unter vorstehend 2. und 3.

¹⁴⁹⁰ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. b).

¹⁴⁹¹ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. e).

¹⁴⁹² Zur Herleitung vgl. Kapitel 4 E. III. 2.

2. Konzernbegriff

Da sich der SPE-VOE-HU zum Konzernbegriff nicht verhält, richtet sich der Konzernbegriff im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern nach dem Recht der ausländischen Tochter-SPE. Trotz der Unterschiede zwischen den nationalen Rechten dürften die Unternehmen allerdings nur selten mit unterschiedlichen Subsumtionsergebnissen konfrontiert werden. Das zeigt das Beispiel eines transnationalen SPE-Konzerns mit englischer Tochter-SPE. Da das englische Recht dem sogenannten *Control-Konzept* anhängt, kommt es grob zusammengefasst auf die rechtliche Möglichkeit von Herrschaft an, welche bei Vorliegen bestimmter Indizien unwiderleglich vermutet wird. Als Indiz dient vornehmlich die Möglichkeit, die Stimmenmehrheit auszuüben oder die Mehrheit der Organmitglieder zu bestellen und abzurufen, aber auch das Bestehen von Leitungsrechten mit Satzungsqualität.¹⁴⁹³ Diese Voraussetzungen sind z. B. erfüllt, wenn die Mutter-SPE Mehrheits- oder Alleingesellschafterin der Tochter-SPE ist. Damit unterscheidet sich der Konzernbegriff abgesehen von der Unwiderleglichkeit eigentlich nicht von dem im rein deutschen faktischen SPE-Konzern geltenden Konzernbegriff.¹⁴⁹⁴

3. Vertragskonzern?

Wesentliche Unterschiede im Vergleich zum rein nationalen SPE-Konzern müssen grenzüberschreitende Unternehmen allerdings möglicherweise dann verkraften, wenn sie einen Vertragskonzern bilden möchten.

Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern kann eine deutsche Mutter-SPE mit ihrer ausländischen sitzgekoppelten Tochter-SPE nämlich nur dann einen Beherrschungsvertrag abschließen, wenn das ausländische Sachrecht Regelungen für Unternehmensverträge enthält. Dann ist davon auszugehen, dass das ausländische Sachrecht auch keine Einwände dagegen hat, dass die Gesellschaften seines ausländischen nationalen Rechts Unternehmensverträge deutschen Rechts abschließen.¹⁴⁹⁵ Im Unterschied dazu ist der deutschen Mutter-SPE der Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit ihrer ausländischen Tochter-SPE verwehrt, wenn das ausländische Recht Unternehmensverträge nicht kennt.¹⁴⁹⁶ Damit scheidet beispielsweise ein Beherrschungsvertrag einer

¹⁴⁹³ Vgl. secc. 1159 et seq. CA 2006; Schedule 7 CA 2007; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 2.8 (p. 72 – statistics), 5.3.12, 14.15 and 18.6.8.6 (pp. 143 et seq., 425 et seqq., 588 et seq. – company law), 9.4.5, 9.5 and 9.8 (pp. 259, 261, 275 et seqq. – accounting); *Hannigan*, Company Law, mn. 1-55 et seqq., 3-35 et seqq., 3-60 (company law); *Davies*, Company Law, pp. 95 et seqq. (company law); vgl. auch Kapitel 2 A.

¹⁴⁹⁴ Vgl. unter vorstehend II. 1.

¹⁴⁹⁵ In der EU kennen neben Deutschland auch Portugal, Slowenien und Italien Unternehmensverträge; vgl. *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 774 ff., 787, 811 ff.; *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 293 Rn. 18; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 1095; *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 416, 418; *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 206 f.; *Lutter*, in: ders./Hommelhoff/GmbHG, Anh. zu § 13 Rn. 93; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 223.

¹⁴⁹⁶ Allgemein, aber unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 103; für Auslandsgesellschaften wie hier *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 774 ff., 787; *Spahlinger/Wegen*, in: Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 372; *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 281, für den umgekehrten Fall S. 278 ff.; *Hirte*, in: GK-AktG, § 308 Rn. 77; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 223; *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. Rn. 50, § 291 Rn. 5; für die SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 94; für Auslandsgesellschaften a. A. *Altmeppen/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 453 ff.; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 35 f., 37 f. (mit Fn. 148); vgl. auch *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 205 f. m. w. N.

deutschen Mutter-SPE mit einer englischen Tochter-SPE aus.¹⁴⁹⁷ Da Unternehmensverträge Organisationsverträge sind, kann auch über das schuldrechtliche Mittel einer Rechtswahlklausel zugunsten des deutschen Rechts kein anderes Ergebnis herbeigeführt werden.¹⁴⁹⁸

Im SPE-Konzern könnte aber eine andere Beurteilung unter der Erwägung gerechtfertigt sein, dass die Unternehmen unionsrechtliche Weisungsrechte etablieren und dadurch einen dem deutschen Vertragskonzernrecht vergleichbaren Zustand herstellen können.¹⁴⁹⁹ Das Unionsrecht gesteht nämlich Satzungsunionsrecht die Fähigkeit zu, das nationale Recht auszusperrten.¹⁵⁰⁰ Allerdings vermag das deutsche Vertragskonzernrecht lediglich satzungähnliche Wirkungen zu entfalten¹⁵⁰¹ und ist kein aufgrund des SPE-VOE-HU erlassenes Satzungsunionsrecht. Beim Nichtvorhandensein von Satzungsunionsrecht befiehlt Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU aber die Anwendung der nationalen Domizilstaatenrechte der SPE-Konzerngesellschaften. Erkennt das mitgliedstaatliche Recht Unternehmensverträge nicht an, muss der Satzungsgeber das respektieren oder zu den Gestaltungsmitteln des Satzungsunionsrechts greifen. Mithin kommt es für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Unternehmensverträgen nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht nicht darauf an, dass die Unternehmen mithilfe unionsrechtlicher Satzungsregelungen einen dem deutschen Vertragskonzernrecht vergleichbaren Zustand herstellen können.

Sofern das nationale wie z. B. das englische Recht Unternehmensverträge nicht anerkennt, müssen grenzüberschreitende Unternehmen also wesentliche Unterschiede im Vergleich zum rein nationalen SPE-Konzern verkraften.

4. Faktischer Konzern

Fraglich ist, welche Auswirkungen der Grenzübertritt auf die Effizienz im faktischen SPE-Konzern hat.

a) Regelungsstruktur des ausländischen Konzernrechts

Die nationalen GmbH-Konzernrechte bestehen typischerweise aus einem Sammelsurium von verschiedenen qualifizierten Normen und Rechtsgrundsätzen. Daher gelten neben dem Satzungssitz auch noch andere Anknüpfungsmomente wie insbesondere das *COMI* und der Erfolgsort. Da es kein einheitliches Konzernstatut gibt,¹⁵⁰² geht ein Riss durch das auf die Konzern-SPEs anwendbare Recht. Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern ist der Riss umso größer, weil noch nicht einmal gesellschaftsrechtliche Fragen an einen konzerneinheitlichen Satzungssitz angeknüpft werden können.

¹⁴⁹⁷ Für Auslandsgesellschaften ebenso *Maul/Schmidt*, BB 2003, 2297, 2299; *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 416, 418; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 306 f.; a. A. *Schall*, in: Spindler/Stilz/00AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 35 f., 37 f. (mit Fn. 148).

¹⁴⁹⁸ Im Ergebnis ebenso für die SPE *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 98; für Auslandsgesellschaften *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 1094; *Großfeld*, in: Staudinger/Int.GesR, Rn. 575; *Servatius*, in: Henssler/Strohn/ Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 412; *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 370; a. A. *Hahn*, IPRax 2002, 107, 111 f.

¹⁴⁹⁹ Vgl. ausführlich Kapitel 5 C. sowie unter vorstehend B. II. 2. c).

¹⁵⁰⁰ Vgl. Kapitel 3 B. IV.

¹⁵⁰¹ Vgl. unter vorstehend B. I. 3.

¹⁵⁰² Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. e).

Die entstehenden Zersplitterungen könnte ein sitzgekoppelter transnationaler SPE-Konzern mit englischer Tochter-SPE verdeutlichen. Im SPE-Konzern unterfällt die Zulässigkeit von Weisungen gemäß Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU grundsätzlich und die Zulässigkeit von Handlungen im Konzerninteresse gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU stets dem Recht der ausländischen Tochter-SPEs, vorliegend also englischem Recht.¹⁵⁰³ Das englische Recht verzichtet wie die meisten anderen Rechtsordnungen auf die Regelung eines gesonderten Konzernrechts.¹⁵⁰⁴ Abgesehen von punktuellen Spezialregelungen – wie z. B. zur Konzernrechnungslegung und -besteuerung sowie zum Verbot wechselseitiger Beteiligungen – wird der Konzernkonflikt unter Anwendung allgemeiner Instrumente gelöst.

b) Weisungsrechte

(1) Situation beim Fehlen von Satzungsbestimmungen zu Weisungsrechten

Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen die Mutter-SPE der Geschäftsleitung einer englischen Tochter-SPE bindende Weisungen erteilen darf, wenn weder unions- noch nationalrechtliche Satzungsregelungen zu Weisungsrechten existieren. Indem die Organisationsstruktur einer Tochter-SPE mit Satzungssitz in England englischem Recht unterliegt, ist im Unterschied zum deutschen Recht die Geschäftsleitung das wichtigste Gesellschaftsorgan.¹⁵⁰⁵ Ob ein generelles Recht zur Weisung durch Sonder- oder ordentliche Beschlüsse besteht, ist umstritten, wird aber überwiegend verneint.¹⁵⁰⁶ Die Geschäftsleitung leitet ihre Befugnisse zwar von der Gesellschafterversammlung ab. Sie ist aber in ihren Entscheidungen grundsätzlich frei, sofern nicht bestimmte Angelegenheiten ausnahmsweise der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung anheimgestellt sind.¹⁵⁰⁷ Das kann aufgrund diverser Regelungen des CA 2006 geschehen, die für bestimmte Maßnahmen Zustimmungserfordernisse vorsehen bzw. das satzungsmäßige Begründen von Zustimmungserfordernissen und Vetorechten erlauben.¹⁵⁰⁸ Die betreffenden Gesellschafterbeschlüsse¹⁵⁰⁹ müssen teilweise als Sonderbeschlüsse gefasst werden,

¹⁵⁰³ Vgl. Kapitel 5 B. V. und Kapitel 6 C. IV.

¹⁵⁰⁴ Zum englischen Konzernrecht *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 39; *Heckschen*, in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts, § 6 Rn. 18 ff.; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 5.3.12, 14.15, 18.6.8.6 (p. 144 et seq., 422 et seqq., 587); *Hannigan*, Company Law, mn. 1-55 et seqq., 3-35 et seqq.; *Davies*, Company Law, pp. 95 et seqq.; *Ringer/Otte*, in: Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht, § 4 Rn. 27 ff.; vgl. auch *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 676 ff.; *Reflection Group*, Abschlussbericht, S. 59 ff.; *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 190 ff.; *Druey*, DJT-Gutachten 1992, S. H 20 ff.

¹⁵⁰⁵ Zur Limited vgl. *Martens*, Managementstrukturen, S. 93 f., 127, 140.

¹⁵⁰⁶ Überblickartig *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10.2.5 (pp. 468 et seqq.); *Martens*, Managementstrukturen, S. 93 f., 125 ff., 137; zur überwiegenden Meinung vgl. *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co v Cuninghame* [1906] 2 Ch. 34; *Salmon v Quin and Axtens Ltd* [1909] 1 Ch 311 (CA); *John Shaw & Sons (Salford) Ltd v Shaw* [1935] 2 KB 113; *Breckland Holdings Ltd v London and Suffolk Properties Ltd* [1989] BCLC 100; zur Mindermeinung, die Weisungsrechte vorbehaltlich Satzung anerkennt vgl. *Marshall's Valve Gear Co Ltd v Manning Wardle and Co Ltd* [1909] 1 Ch. 267; *Tang Kam-Yip v Yau Kung School* [1986] HKLR 448 (CA); für Möglichkeit der Verankerung eines generellen Weisungsrechts in der Satzung wohl *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 217; unklar *Doralt*, Managerpflichten, Vor Part 10 Rn. 4.

¹⁵⁰⁷ Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10 (pp. 466 et seqq); *Davies*, Company Law, pp. 108 et seq., 120 et seqq., 265 et seq.; *Hannigan*, Company Law, mn. 8-5 et seqq. (pp. 160 et seq.) und 8-8 (p. 182); im Detail abweichend *Martens*, Managementstrukturen, S. 93 f., 126 f., 140.

¹⁵⁰⁸ Vgl. *Hannigan*, Company Law, mn. 5-46 (p. 129) und 8-6 (p. 161); vgl. auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 93 f., 125 ff., 137.

¹⁵⁰⁹ „Special resolutions“ und „ordinary resolutions“.

bedürfen also nach sec. 283 CA 2006 im Gegensatz zu ordentlichen Beschlüssen nach sec. 282 CA 2006 einer qualifizierten Mehrheit von 75 Prozent und müssen nach secc. 29 (1) a, 30 CA 2006 beim *Companies House* zur Veröffentlichung eingereicht werden.

Enthält die SPE-Satzung keine individuellen Regelungen zur Kompetenzverteilung, gelten nach sec. 20 CA 2006 die Artt. 3, 4 der Limited-Mustersatzung als eine den skizzierten Grundsätzen entsprechende Auffangregelung.¹⁵¹⁰ Nach Art. 3 der Limited-Mustersatzung obliegt die Geschäftsführung der Gesellschaft vorbehaltlich der Satzung der Geschäftsleitung, wobei die Geschäftsleitung zu diesem Zweck alle Rechte der Gesellschaft ausüben kann. Auch hiermit sind Satzungsregelungen zu punktuellen Zustimmungserfordernissen bzw. Vetorechten gemeint, wobei jeweils *ordentliche* Beschlüsse ausreichend sind.¹⁵¹¹ Art. 4 Abs. 1 der Limited-Mustersatzung sieht ergänzend vor, dass die Gesellschafter durch *Sonderbeschluss* die Geschäftsleitung zur Vornahme bestimmter Maßnahmen anweisen oder ein Veto gegen die Vornahme bestimmter Maßnahmen einlegen können. Die in Art. 4 Abs. 1 Limited-Satzung vorgesehene *Reserve-Macht*¹⁵¹² wird als *ad hoc*-Weisungs- bzw. Vetorecht ohne vorgelagerte Vorlagepflicht verstanden. Das stellt praktisch deshalb einen absoluten Ausnahmefall dar, weil die Gesellschafterversammlung entweder mangels automatischen Informationserhalts gar keinen Willen zum Einschreiten bilden kann oder als *ultima ratio* eher zur Geschäftsführerabberufung greifen wird.¹⁵¹³ Strukturell kann Art. 4 Limited-Mustersatzung als Vorschrift zur Zulassung bestimmter gesetzes- bzw. satzungsdurchbrechender Beschlüsse angesehen werden.¹⁵¹⁴ Existieren also weder unions- noch nationalrechtliche Satzungsregelungen zu Weisungsrechten, darf die Mutter-SPE der Geschäftsleitung einer englischen Tochter-SPE keine bindenden Weisungen erteilen.

(2) Situation beim Vorhandensein von Satzungsbestimmungen zu Weisungsrechten

Installieren die Gesellschafter allerdings ein unionsrechtliches Weisungsrecht in der Satzung der Tochter-SPE, sperrt dies gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU das nationale GmbH-Recht.¹⁵¹⁵

Der Satzungsgeber könnte auch überlegen, durch eine nationalrechtliche Satzungsbestimmung gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU ein Weisungsrecht zu vereinbaren. Ob die Satzung einer Limited die Kompetenzen zugunsten der Gesellschafterversammlung umkehren und ein generelles Recht zur Weisung durch Sonder- oder ordentliche Beschlüsse der Gesellschafterversammlung begründen kann, ist allerdings umstritten und wird überwiegend verneint.¹⁵¹⁶ Insbesondere berechtigt auch sec. 173 (2) (b) CA 2006 nicht zum Installieren allge-

¹⁵¹⁰ Zum Nichteingreifen einer ggf. erlassenen mitgliedstaatlichen SPE-Mustersatzung vgl. Kapitel 3 B. VII. 2. b) (3).

¹⁵¹¹ Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10.1 (pp. 466 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 8-5 (pp. 160 et seq.); vgl. auch *Davies*, Company Law, p. 109.

¹⁵¹² „reserve power“.

¹⁵¹³ Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10.2.4 (p. 468); *Hannigan*, Company Law, mn. 8-7 with fn. 12 (p. 161 et seq.); vgl. auch *Davies*, Company Law, p. 109; *Martens*, Managementstrukturen, S. 93 f., 125 ff., 137.

¹⁵¹⁴ Vgl. Kapitel 5 C. IV.

¹⁵¹⁵ Vgl. Kapitel 3 B. I. 2., Kapitel 5 C. V.

¹⁵¹⁶ Überblickartig *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 15.10.2.5 (pp. 468 et seq.); *Martens*, Managementstrukturen, S. 93 f., 125 ff., 137; zur überwiegenden Meinung vgl. *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co v Cuninghame* [1906] 2 Ch. 34; *Salmon v Quin and Axtens Ltd* [1909] 1 Ch 311 (CA); *John Shaw & Sons (Salford) Ltd v Shaw* [1935] 2 KB 113; *Breckland Holdings Ltd v London and Suffolk Properties Ltd* [1989] BCLC 100; zur Mindermeinung, die Weisungsrechte vorbehaltlich Satzung anerkennt vgl. *Marshall's Valve Gear Co Ltd v Manning Wardle and Co Ltd* [1909] 1 Ch. 267; *Tang Kam-Yip v*

meiner Weisungsrechte. Danach müssen die *directors* einer Limited in ihrer Meinungsbildung unabhängig bleiben, sofern nicht die *company's constitution* Ausnahmen vorsieht. Mit solchen Ausnahmen sind allerdings nur Delegationen der Entscheidungsbefugnis unter Beibehaltung der Entscheidungsverantwortung gemeint. Selbst wenn in der Unternehmenspraxis häufig hiergegen verstoßen wird, betrifft das auch und sogar entsandte, d.h. *nominee directors*, die sich ihre Unabhängigkeit gegenüber dem entsendenden Gesellschafter bewahren müssen.¹⁵¹⁷ Der Satzungsgeber kann also nicht durch eine nationalrechtliche Satzungsbestimmung gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU ein Weisungsrecht vereinbaren. Mithin sind die Inferenten der englischen SPE grundsätzlich darauf verwiesen, die Macht der Geschäftsführung kraft konkreter Satzungsregelung einschließlich des Unternehmensgegenstandes sowie durch sorgfältige Auswahl und notfalls Abberufung der Geschäftsführer zu begrenzen.¹⁵¹⁸

(3) Zwischenfazit: Kein allgemeines Weisungsrecht

Die Mutter-SPE hat anders als bei ihren deutschen Tochter-SPEs grundsätzlich nicht das Recht, ihren englischen Tochter-SPEs bindende Weisungen zu erteilen. Wird das englische Recht nicht durch ein unionsrechtliches Weisungsrecht gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU gesperrt, können allenfalls punktuelle Zustimmungserfordernisse Vetorechte bestehen bzw. vereinbart werden. Dem Satzungsgeber ist es nach englischem Recht verwehrt, durch eine nationalrechtliche Satzungsbestimmung gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 3 SPE-VOE-HU ein Weisungsrecht zu vereinbaren.¹⁵¹⁹ Die nur sehr begrenzten Weisungsmöglichkeiten mindern die Effizienz im SPE-Konzern.

Im transnationalen SPE-Konzern wird die Effizienz außerdem dadurch gemindert, dass das deutsche und englische Recht für die betreffenden Tochter-SPEs sehr unterschiedliche Regime aufstellen.¹⁵²⁰ Diese Effizienzminderung können die Unternehmen allerdings durch die Vereinbarung unionsrechtlicher Weisungsrechte verhindern. Das Beispiel eines deutsch-englischen faktischen SPE-Konzerns zeigt also, dass der Grenzübertritt die Effizienz mindert, sofern kein unionsrechtliches Weisungsrecht installiert wird.

c) Konzernausrichtung

Des Weiteren könnte der Grenzübertritt im Hinblick auf die Konzernausrichtung der Tochter-SPEs Auswirkungen auf die Effizienz im SPE-Konzern haben. Unabhängig davon, ob die Satzung der Tochter-SPEs ein unionsrechtliches Weisungsrecht enthalten oder nicht, dürfen Konzerninteressen gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nur nach nationalem Recht berücksichtigt werden.¹⁵²¹ Die Geschäftsleitung einer SPE mit statuarischem Sitz in England ist stets dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet und darf ein übergeifendes Konzerninteresse nur dann berücksich-

Yau Kung School [1986] HKLR 448 (CA); für Möglichkeit der Verankerung eines generellen Weisungsrechts in der Satzung wohl *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 217; unklar *Doralt*, Managerpflichten, Vor Part 10 Rn. 4.

¹⁵¹⁷ Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 16.7 (pp. 497 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 9-18 et seqq., 10-44 et seqq. (pp. 189 et seqq., 218 et seqq.); vgl. auch *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 188; Artt. 3, 5 Limited-Mustersatzung.

¹⁵¹⁸ Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 3.8(pp. 100 et seqq.), 19.5. 2.1 (p. 618); *Hannigan*, Company Law, mn. 8-6 et seq. (pp. 161 et seq.); *Doralt*, Managerpflichten, Vor Part 10 Rn. 4.

¹⁵¹⁹ Vgl. 3 B. III., IV.

¹⁵²⁰ Zur deutschen Tochter-SPE vgl. unter vorstehend B. II. 3. b) (1).

¹⁵²¹ Vgl. Kapitel 5 A., Kapitel 6 B., C. IV., E.

tigen, wenn dieses im Einzelfall eine reflexartige Rückwirkung auf das Wohl der Gesellschaft hat.¹⁵²² Ob beispielsweise die Gewährung eines aufsteigenden Darlehens oder die Beteiligung an einem *cash pool* positive Rückwirkungen auf die Untergesellschaft hat, ist zumindest fraglich und bedarf in jedem Fall einer genaueren zeit- und kostenintensiven Untersuchung anhand der Umstände und Konditionen des Einzelfalls.

Indem der Regelungsauftrag zu *Geschäften mit verbundenen Unternehmen und Personen* in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 nicht zur Konzernausrichtung genutzt werden darf, kommt es nicht darauf an, ob der Satzungsgeber solche Geschäfte unionsrechtlich geregelt hat oder nicht.¹⁵²³ Bei einer in England beheimateten SPE kommen dagegen vor allem die Vorschriften in *Part 10 Chapter 4 CA 2006*¹⁵²⁴ zum Einsatz. Danach sind bestimmte Geschäfte bestimmter Gesellschaften vor allem mit Geschäftsführern und deren Angehörigen grundsätzlich nichtig, wenn die Gesellschafterversammlung nicht zugestimmt hat. Allerdings bestehen nach secc. 192, 208 CA 2006 konzernfreundliche Ausnahmen von dem Zustimmungserfordernis für gesellschafterspezifische Geschäfte, Geschäfte mit und zwischen hundertprozentigen Tochtergesellschaften und sonstige *intra-group transactions*.¹⁵²⁵

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Grenzübertritt auch im Hinblick auf die Konzernausrichtung der Tochter-SPEs Auswirkungen auf die Effizienz im SPE-Konzern hat.

d) Sonstige Haftungsgrundsätze

Gleich ob ein unionsrechtliches Weisungsrecht besteht oder nicht, haften die Gesellschafter für rechtswidrige Weisungen gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nach nationalem Recht.¹⁵²⁶ Beispielsweise haftet die Muttergesellschaft einer SPE englischer Provenienz ggf. als *shadow director* englischen Rechts.¹⁵²⁷ Auch die Organmitglieder einer Tochter-SPE haften nach dem Recht des Domizilstaates.¹⁵²⁸ Residiert die Tochter-SPE in England, könne sie nach sec. 172 (1) CA 2006 zur Verantwortung gezogen werden.¹⁵²⁹ Da die nationalen Rechte in Bezug auf die Gesellschafter-¹⁵³⁰ und Organhaftung¹⁵³¹ höchst unterschiedlich ausgestaltet sind, leidet die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern enorm.

¹⁵²² Vgl. secc. 409 et seq. CA 2006; *Hannigan*, Company Law, mn. 3-52, 9-17; *Teichmann*, AG 2013, 184, 192; *Doralt*, Managerpflichten, sec. 172 Rn. 1 ff., 15; *Hannigan*, Company Law, mn. 3-52, 9-17, daher dem Vorschlag der Reflection Group gegenüber aufgeschlossen in mn. 3-60; vgl. auch *Heckschen*, HB Int. GesR, § 6 Grenzüberschreitende Unternehmensverträge, Kap. D Rn. 18 f.; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 245; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. AktG Rn. 39 m. w. N.; allerdings wohl für Verzichtbarkeit *Pläster*, Treuepflicht, S. 163 f., 166 f., 200 f., 207, 239, 289 m. w. N.; vgl. auch *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 191.

¹⁵²³ Vgl. Kapitel 6 C. II. 3. f).

¹⁵²⁴ Vgl. secc. 188 et seq. CA 2006; mit Blick auf börsennotierte Gesellschaften *Davies*, Company Law, p. 172 et seq.

¹⁵²⁵ *Doralt*, Managerpflichten, sec. 192 Rn. 1 ff., sec. 208 Rn. 1.

¹⁵²⁶ Vgl. Kapitel 6 D. II. 5. c) (7) und (8).

¹⁵²⁷ Vgl. *Teichmann*, AG 2013, 184, 193; *Hannigan*, Company Law, mn. 6-9 (p. 142), 6-17 (p. 146), 6-23 et seq. (pp. 147 et seq.); *Davies*, Company Law, p. 98; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 698 f., 753, 756 f.; *Doralt*, Managerpflichten, sec. 250 mn. 2, 4, sec. 215 mn. 1 et seqq.

¹⁵²⁸ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); vgl. auch auf Basis des SPE-VOE-SE ebenso *Freudenberg*, NZG 2010, 527, 529.

¹⁵²⁹ Ebenso zur deutschen SPE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 249.

¹⁵³⁰ Zu faktischen Geschäftsführern *Engert*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 75, 106; *Schön*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 112, 143.

¹⁵³¹ So auch *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 270 f.; *Ehricke*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 66 – unter Hinweis auf z. B. Artt. 17 NRn. 1 und 3, 15 Nr. 2 und 16 Nr. 1 SPE-VOE-CREDA 1997; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, ECL 2006, 279, 281 f. (fragliche Vorschriften unverändert).

5. Zwischenfazit: Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung

Im sitzgekoppelten transnationalen Konzern gilt für das Konzernverhältnis sowie für den Schutz auf Ebene der Unter-SPE das durch ausländisches Recht durchfärbte Personalstatut der Unter-SPE.¹⁵³² Dass sich der Konzernbegriff demnach nach ausländischem Konzernrecht richtet, mindert die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern allenfalls wenig.¹⁵³³ Effizienzminderungen entstehen aber, wenn das nationale wie z. B. das englische Recht Unternehmensverträge nicht anerkennt und daher im Unterschied zum rein nationalen SPE-Konzern kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen werden darf.¹⁵³⁴

Da noch nicht einmal gesellschaftsrechtliche Fragen an einen konzerneinheitlichen Satzungssitz angeknüpft werden können und es kein einheitliches Konzernstatut gibt, geht ein Riss durch das auf die sitzgekoppelten Konzern-SPEs anwendbare Recht. Das Beispiel eines deutsch-englischen faktischen SPE-Konzerns zeigt, dass der Grenzübertritt die Effizienz mindert, sofern kein unionsrechtliches Weisungsrecht installiert wird. Das Beispiel illustriert außerdem, dass im Hinblick auf die Konzernausrichtung sowie die Gesellschafter- und Organhaftung große Unterschiede zwischen den nationalen Rechten bestehen und dadurch die Effizienz im SPE-Konzern stets gemindert wird.¹⁵³⁵

IV. Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung

1. Wertender Sachnormverweis auf das inländische Konzernrecht

Im sitzaufgespaltenen transnationalen Konzern sind die Satzungssitze sämtlicher SPEs an einem Ort gebündelt – z. B. in Deutschland am Hauptsitz der Konzernmutter. Nachdem dem SPE-spezifischen *wertenden Sachnormverweis*¹⁵³⁶ bzw. allgemein nach Sachnormverweisen gelangt grundsätzlich deutsches Recht zur Anwendung.

2. Konzernbegriff

Zunächst richtet sich der Konzernbegriff wie im rein nationalen SPE-Konzern einheitlich nach nationalem Recht. Unterhält die Tochter-SPE im sitzaufgespaltenen transnationalen SPE-Konzern ihren Satzungssitz in Deutschland, gilt also der deutsche Konzernbegriff.¹⁵³⁷ Danach wird die Konzernierung analog §§ 18 Abs. 1 S. 3, 17, 16 AktG deshalb widerleglich vermutet, wenn die übergeordnete SPE an der nachgeordneten SPE mehr als die Hälfte der Anteile hält. Durch einen Beherrschungsvertrag verbundenen SPEs bilden jedenfalls analog § 18 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 291 AktG einen Konzern, da der Beherrschungsvertrag die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung unwiderleglich vermuten lässt.

3. Vertragskonzern

Die Sitzaufspaltung könnte für transnationale Unternehmen vorteilhaft sein, wenn sie wie im rein nationalen

¹⁵³² Vgl. unter vorstehend 1.

¹⁵³³ Vgl. unter vorstehend 2.

¹⁵³⁴ Vgl. unter vorstehend 3.

¹⁵³⁵ Vgl. unter vorstehend 4.

¹⁵³⁶ Zur Herleitung vgl. Kapitel 4 E. III. 2.

¹⁵³⁷ Vgl. ausführlich unter vorstehend II. 1.; für eine Anwendung der §§ 15 ff. AktG auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 92, wohl auch auf S. 104.

SPE-Konzern einen Vertragskonzern bilden können.¹⁵³⁸ Dazu müsste der Domizilstaat ein Unternehmensvertragsrecht kennen. Unterhalten sämtliche Konzern-SPEs ihren Satzungssitz in Deutschland, ist ihr Personalstatut mit dem Beherrschungsverträge anerkennenden deutschen Recht durchwebt. Eine deutsche Mutter-SPE kann mit ihrer ausländischen sitzaufgespaltenen Tochter-SPE folglich selbst dann einen Beherrschungsvertrag abschließen, wenn dem ausländischen Recht Unternehmensverträge fremd sind. Damit ist beispielsweise ein Beherrschungsvertrag einer deutschen Mutter-SPE mit einer englischen Tochter-SPE möglich.¹⁵³⁹

Fraglich ist, wie sich der Beherrschungsvertrag im sitzgespaltenden transnationalen SPE-Konzern auf die Effizienz auswirkt. Die Konzernleitung kann durch den Abschluss von Beherrschungsverträgen anders als im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern erreichen, dass die Tochter-Geschäftsführung konzernweit einheitlich erstens an Weisungen gebunden und zweitens zum für die Tochter nachteiligen Handeln ermächtigt ist. Außerdem ist die Rechtssicherheit gesteigert, weil einheitlich das bekannte modifizierte Sorgfalts- und Haftungsregime für die Geschäftsführungen auf Ebene von Mutter und Tochter gilt.¹⁵⁴⁰ Im Vergleich zum rein nationalen SPE-Konzern ergeben sich nur dort Rechtsunsicherheiten und ggf. Unterschiede, wo die nationalen Rechte den Konzernkonflikt mit Mitteln jenseits des Gesellschaftsrechts lösen. Denn in diesem Fall gelten die allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätze und damit gegebenenfalls vom Satzungssitz divergierende Anknüpfungsmomente.¹⁵⁴¹ Folglich nähert die Sitzaufspaltung die Rechtslage stark derjenigem im nationalen SPE-Konzern an und steigert die Effizienz damit enorm. Die Sitzaufspaltung ist für transnationale Unternehmen vorteilhaft, weil sie wie im rein nationalen SPE-Konzern einen Vertragskonzern bilden können, falls der Domizilstaat ein Unternehmensvertragsrecht kennt.

4. Faktischer Konzern

Die Sitzaufspaltung könnte auch im faktischen SPE-Konzern die Effizienz gegenüber der Sitzkoppelung steigern. Sind die Satzungssitze im transnationalen SPE-Konzern also in Deutschland konzentriert, hat die Gesellschafterversammlung gemäß § 37 GmbHG umfängliche Geschäftsführungs- und Weisungsrechte und steigert ein satzungsunionsrechtlich vereinbartes Weisungsrecht die Effizienz grundsätzlich nicht.¹⁵⁴²

Schwierigkeiten können sich aber im Hinblick auf eine Konzernausrichtung der Tochter-SPEs ergeben. Denn während für gesellschaftsrechtliche Rechtsgrundsätze gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU deutsches Recht gilt,¹⁵⁴³ darf jenseits des Gesellschaftsrechts möglicherweise nicht an den Satzungssitz der Tochter-SPEs angeknüpft werden¹⁵⁴⁴ und unterliegen die Tochter-SPEs teilweise dem disparaten ausländischen Recht. Beispielsweise ist fraglich, ob für eine Tochter-SPE mit Geschäftssitz im Ausland neben oder anstelle des Schädigungsverbots oder der Existenzvernichtungshaftung ausländische Rechtsgrundsätze gelten.¹⁵⁴⁵ Hier sind Abgrenzungs- und Schnitt-

¹⁵³⁸ Vgl. unter vorstehend II. 2., III. 3.

¹⁵³⁹ Ebenso für sitzaufgespaltene GmbHs und AGs *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 787; *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 291 Rn. 5; *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 281.

¹⁵⁴⁰ Vgl. unter vorstehend II. 2. d).

¹⁵⁴¹ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1.

¹⁵⁴² Zum deutschen faktischen SPE-Konzern vgl. unter vorstehend II. 3.

¹⁵⁴³ Zum deutschen faktischen SPE-Konzern vgl. unter vorstehend II. 3.

¹⁵⁴⁴ Vgl. *Habersack*, in: Emmerich/ders./Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 318 Rn. 6, 32; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 433 ff.; jeweils m. w. N.; Kapitel 3 A. I. 1.

¹⁵⁴⁵ Vgl. ausführlich Kapitel 8 D. II. 3.

stellenprobleme¹⁵⁴⁶ vorprogrammiert. Im Übrigen greifen über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU unionsweit einheitlich die §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 3 AktG und andere gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundsätze.¹⁵⁴⁷

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Sitzaufspaltung trotz verbleibender Unsicherheiten auch im faktischen SPE-Konzern die Effizienz gegenüber der Sitzkoppelung steigert.

5. Zwischenfazit: Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung

Im sitzaufgespaltenen transnationalen Konzern sind die Satzungssitze sämtlicher SPEs an einem Ort gebündelt – z. B. in Deutschland am Hauptsitz der Konzernmutter. Nachdem dem SPE-spezifischen *wertenden Sachnormverweis* bzw. allgemein nach Sachnormverweisen gelangt grundsätzlich deutsches Recht zur Anwendung.¹⁵⁴⁸ Zunächst richtet sich der Konzernbegriff wie im rein nationalen SPE-Konzern einheitlich nach inländischem, also z. B. deutschem Recht.¹⁵⁴⁹ Außerdem können die Unternehmen wie im rein nationalen SPE-Konzern durch Bildung eines Vertragskonzerns Weisungen im Konzerninteresse zulassen, falls der Domizilstaat wie z. B. Deutschland ein Unternehmensvertragsrecht kennt.¹⁵⁵⁰ Im faktischen SPE-Konzern deutschen Rechts hat die Gesellschafterversammlung hat kraft nationalen Gesellschaftsrechts oder Satzungsunionsrechts umfängliche Geschäftsführungs- und Weisungsrechte. Außerdem greifen über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU unionsweit einheitlich bestimmte gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundsätze. Schwierigkeiten ergeben sich aber im Hinblick auf eine Konzernausrichtung der Tochter-SPEs, weil neben deutschem Gesellschaftsrecht ausländisches Recht zur Anwendung kommt.¹⁵⁵¹ Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass im transnationalen SPE-Konzern die Sitzaufspaltung im Vergleich zur Sitzkoppelung trotz verbleibender Unsicherheiten oder Unterschiede die Effizienz stark steigert.

C. Zusammenfassung Kapitel 7: Weisungsrechte und Konzernausrichtung nach nationalem Recht

Unterhalten die Konzern-SPEs ihre Satzungssitze in einem bestimmten Mitgliedstaat, richtet sich die Zulässigkeit von Weisungen und einer Konzernausrichtung einheitlich nach dessen nationalem Recht. Wegen der starken Unterschiede zwischen den nationalen Rechten zeigt sich, dass die Geltung von Unionsrecht bzw. die Sitzaufspaltung gerade im Hinblick auf Weisungen und Konzernausrichtungen von grundlegender Bedeutung für die Effizienz im SPE-Konzern sind.¹⁵⁵²

Das nationale Konzernrecht überlagert das SPE-Unionsrecht grundsätzlich nicht, wobei Ausnahmen für nationales Vertragskonzernrecht gelten.¹⁵⁵³ Der rein nationale SPE-Konzern mit Satzungssitzen in Deutschland ähnelt dem nationalen GmbH-Konzern. Für die Effizienz ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Gesellschafter ein unionsrechtliches Weisungsrecht vereinbaren oder nicht. Da ein Beherrschungsvertrag nachteilige Weisungen erlaubt, kann sich allerdings ein Abschluss desselben ebenso wie im deutschen GmbH-Konzern effizienzsteigernd

¹⁵⁴⁶ Vgl. Kapitel 2 E.

¹⁵⁴⁷ Zum deutschen faktischen SPE-Konzern vgl. unter vorstehend II. 3.

¹⁵⁴⁸ Vgl. unter vorstehend 1.

¹⁵⁴⁹ Vgl. unter vorstehend 2.

¹⁵⁵⁰ Vgl. unter vorstehend 3.

¹⁵⁵¹ Vgl. unter vorstehend 4.

¹⁵⁵² Vgl. unter vorstehend A.

¹⁵⁵³ Vgl. unter vorstehend B. I.

auswirken.¹⁵⁵⁴

Das Beispiel eines deutsch-englischen SPE-Konzerns zeigt, dass im sitzgekoppelten transnationalen Konzern der Grenzübertritt die Effizienz grundsätzlich mindert.¹⁵⁵⁵ Im Vergleich dazu veranschaulicht das Beispiel eines deutsch-englischen SPE-Konzerns, dass die Sitzaufspaltung trotz verbleibender Unsicherheiten oder Unterschiede die Effizienz stark steigert. Denn die Unternehmen können wie im rein nationalen SPE-Konzern durch Bildung eines Vertragskonzerns Weisungen im Konzerninteresse zulassen, falls der Domizilstaat wie z. B. Deutschland ein Unternehmensvertragsrecht kennt. Im faktischen SPE-Konzern deutschen Rechts hat die Gesellschafterversammlung auch ohne Satzungsunionsrecht umfängliche Geschäftsführungs- und Weisungsrechte, ergeben sich aber im Hinblick auf eine Konzernausrichtung der Tochter-SPEs Schwierigkeiten.¹⁵⁵⁶ Um die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern spürbar zu steigern, sollten die Unternehmen also unbedingt die Sitzaufspaltung mit Sitzkonzentration in einem „konzernfreundlichen“ Mitgliedstaat in Betracht ziehen.¹⁵⁵⁷

D. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht

I. Verordnungsgeber

1. Das nationale Konzernrecht überlagert das SPE-Unionsrecht grundsätzlich nicht, wobei Ausnahmen für nationales Vertragskonzernrecht gelten.¹⁵⁵⁸
2. Dies sollte der Verordnungsgeber klarstellen.¹⁵⁵⁹
3. Infolge der Auslegung des SPE-VOE-HU wurde dem Verordnungsgeber bereits dringend empfohlen, die SPE-Organisationsverfassung und die Konzernausrichtung der SPE unbedingt unmissverständlich auf Unionsrechtsebene zu regeln¹⁵⁶⁰ und hierbei auch zu diskutieren und entscheiden, ob und inwiefern eine Konzernierung als Strukturmaßnahme begriffen werden soll.¹⁵⁶¹ Außerdem wurde dem Unionsgesetzgeber bereits nahegelegt, einen neuen Anlauf für eine eindeutige unionsrechtliche Regelung der Gesellschafter- und Organhaftung,¹⁵⁶² zumindest aber der entsprechenden Sorgfaltspflichten, zu unternehmen.¹⁵⁶³
4. Diese Forderungen können im Anschluss an die Untersuchung, inwiefern nationales Konzernrecht auf den SPE-Konzern Anwendung findet, nur unterstrichen werden. Für die Effizienz im SPE-Konzern ist es

¹⁵⁵⁴ Vgl. unter vorstehend B. II.

¹⁵⁵⁵ Vgl. unter vorstehend B. III.

¹⁵⁵⁶ Vgl. unter vorstehend B. IV.

¹⁵⁵⁷ Allgemein zur Notwendigkeit einer unionsweit einheitlichen Verankerung eines Konzerninteresses *Drygala*, AG 2013, 198, 202.

¹⁵⁵⁸ Vgl. unter vorstehend B. I.

¹⁵⁵⁹ Vgl. unter vorstehend B. I.

¹⁵⁶⁰ Vgl. Kapitel 5 E. I. 2. und Kapitel 6 F. I. 1.; allgemein zur Notwendigkeit einer unionsweit einheitlichen Verankerung eines Konzerninteresses *Drygala*, AG 2013, 198, 202

¹⁵⁶¹ Vgl. Kapitel 6 F. I. 11.

¹⁵⁶² Vgl. Kapitel 5 E. I. 4.

¹⁵⁶³ Vgl. Kapitel 6 F. I. 10.

von grundlegender Bedeutung, dass die Unternehmen die Freiheit haben, entweder Satzungsunionsrecht zu schaffen oder in Verbindung mit der Sitzkoppelung gezielt nationales Recht eindringen zu lassen.¹⁵⁶⁴ Es muss den Unternehmen möglich sein, durch den Abschluss von Unternehmensverträgen nachteilige Weisungen zu erlauben.¹⁵⁶⁵ Sofern kein Unternehmensvertrag abgeschlossen werden soll oder kann, müssen im faktischen SPE-Konzern Weisungsrechte und Konzernausrichtung mithilfe fakultativer Regelungsaufträge unionsrechtlich geregelt werden können, da andernfalls Rechtszersplitterungen bzw. -unsicherheiten die Effizienz im SPE-Konzern stark mindern.¹⁵⁶⁶ Die unionsrechtlichen Haftungsmaßstäbe sind danach zu differenzieren, ob Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden dürfen und die dadurch qualifizierte Einflussmöglichkeit eine strengere Haftung erfordert.¹⁵⁶⁷

II. Deutscher Gesetzgeber

1. Dem deutschen Gesetzgeber wurde bereits empfohlen, sich für die Schaffung unionsrechtlicher Regelungen zu Weisungsrechten, zur Konzernausrichtung sowie zu Haftungsmaßstäben einzusetzen sowie entsprechende Regelungen in das SPE-Ausführungsgesetz aufzunehmen.¹⁵⁶⁸
2. Diese Forderungen können im Anschluss an die Untersuchung, inwiefern nationales Konzernrecht auf den SPE-Konzern Anwendung findet, mit den im Hinblick auf den Verordnungsgeber genannten Argumenten¹⁵⁶⁹ nur unterstrichen werden.

III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse

1. Es wurde bereits ausgeführt, dass der Unions- und der deutsche Gesetzgeber der SPE-Organisationsverfassung und Weisungsmöglichkeiten eine hohe Priorität einräumen müssen, damit den Unternehmen auf unionsrechtlicher Ebene flexible Regelungsmöglichkeiten und ein einheitliches Haftungsregime zugutekommen.¹⁵⁷⁰
2. Diese Forderungen können im Anschluss an die Untersuchung, inwiefern nationales Konzernrecht auf den SPE-Konzern Anwendung findet, mit den oben genannten Argumenten¹⁵⁷¹ nur unterstrichen werden.

¹⁵⁶⁴ Vgl. unter vorstehend A. und B. IV.

¹⁵⁶⁵ Vgl. unter vorstehend B. II.

¹⁵⁶⁶ Vgl. unter vorstehend B. III. und IV.

¹⁵⁶⁷ Zu den Hintergründen der Haftungstatbestände *Emmerich*, in: ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rn. 1 ff., 32 ff.; *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 309 Rn. 9 ff., 13 ff.; *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, § 309 Rn. 9, 11, 46; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 798; *Servatius*, in: Michalski/GmbHG, System. Darst. Konzernrecht Rn. 137, 159, 170.

¹⁵⁶⁸ Vgl. Kapitel 5 E. II. 2. und Kapitel 6 F. II. 1.

¹⁵⁶⁹ Vgl. unter vorstehend I. 3.

¹⁵⁷⁰ Vgl. Kapitel 5 E. III. 1., 2. sowie Kapitel 6 F. III. 1, 2.

¹⁵⁷¹ Vgl. unter vorstehend I. 3. und II. 2.

Kapitel 8 Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern

A. Formen des Finanzmanagements im Konzern

Das Finanzmanagement im Konzern kennt die verschiedensten Formen der Eigen- und Fremdkapitalfinanzierung. In der Praxis spielt die konzerninterne Fremdfinanzierung in Gestalt von Darlehen zwischen Konzerngesellschaften eine entscheidende Rolle.¹⁵⁷² Möglich sind beispielsweise aufsteigende Darlehen. Das sind Darlehensgewährungen von Untergesellschaften an ihre Gesellschafter bzw. diesen nahestehende Unternehmen oder Personen. Häufig kommen aber auch Gesellschafterdarlehen vor. Bei ihnen erfolgt die Darlehensgewährung in umgekehrter Richtung an die Untergesellschaften durch deren Gesellschafter bzw. Unternehmen oder Personen in deren Sphäre.

Eine Sonderform der konzerninternen Fremdfinanzierung ist das konzernzentrale Cash-Management. Hierbei kommt dem *cash pooling* große Bedeutung zu, von dem sich vor allem das „physische“ *cash pooling* großer Beliebtheit erfreut.¹⁵⁷³ Hierbei werden die in der Unternehmensgruppe vorhandenen Über- und Unterdeckungen über ein Zentralkonto in regelmäßigen Abständen, meist täglich, zusammengeführt und ausgeglichen. Das Zentralkonto ist typischerweise bei der Konzernspitze oder einer besonderen Finanzierungsgesellschaft angesiedelt. Rechtlich wird in dieser Form des *cash poolings* ganz überwiegend die Gewährung von auf- bzw. absteigenden Gelddarlehen zwischen der Zentralgesellschaft und der an den *cash pool* angeschlossenen Konzerngesellschaft in Höhe des jeweils aktuellen Saldos gesehen.¹⁵⁷⁴ Sofern diese Arbeit vom *cash pooling* im Konzern spricht, meint sie ein solches physisches *cash pooling*.

B. Kapitalaufbringung

I. Relevanz eines Kapitalaufbringungsregimes für das Finanzmanagement im Konzern

Der SPE-Konzern erfordert eine angemessene Balance zwischen organisations- und schutzrechtlichen Komponenten.¹⁵⁷⁵ Mithin könnte es für das Finanzmanagement im SPE-Konzern von Bedeutung sein, ob und inwiefern die SPE einem Kapitalaufbringungsregime unterliegt. Die Gläubiger und etwaigen Minderheitsgesellschafter einer Tochter-SPE haben ein Interesse daran, dass die Gesellschafter ihrer gesetz- und satzungsgemäßen Pflicht nachkommen, die Tochter-SPE mit einem bestimmten Kapitalgrundstock auszustatten. Beim Finanzmanagement im SPE-Konzern kann die Erfüllung dieser Interessen dadurch gefährdet werden, dass die Tochter-SPE konzerninterne Darlehen gewährt oder zurückzahlt bzw. an ein *cash pooling*-System angeschlossen ist.

Bei der Kapitalaufbringung geht es darum, dass die Gesellschafter ihre Gesellschaft mit dem gesetzlich bzw. ge-

¹⁵⁷² Vgl. Rudolph, in: HBdKF, § 2 Rn. 2.14 ff.; Hommelhoff/Kleindiek, in: HBdKF, § 21 Rn. 21.1.

¹⁵⁷³ Vgl. Kneisel, SPE im Konzern, S. 79, 256, 263; allgemein Hommelhoff/Kleindiek, in: HBdKF, § 21 Rn. 21.2.

¹⁵⁷⁴ Überblickartig K. P. Berger, in: MüKo-BGB, Vorbem. §§ 488 ff. Rn. 31 f.; Vogt, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 316 ff.; Liebscher, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 215 f., 382 ff.; Altmeyden, in: MüKo-AktG, § 311 Rn. 225 ff.; Ekkenga, in: MüKo-GmbHG, § 30 Rn. 184.

¹⁵⁷⁵ Vgl. Kapitel 2 C.

sellschaftsvertraglich geforderten Eigenkapital ausstatten.¹⁵⁷⁶ Fraglich ist aber, ob und inwieweit der SPE-VOE-HU als Bestandteil des SPE-Gesellschaftsstatuts¹⁵⁷⁷ ein Kapitalaufbringungskonzept vorsieht. Im Anschluss an den SPE-VOE-K¹⁵⁷⁸ könnte der Ordnungsgeber im Zuge der Folgeentwürfe bis zum SPE-VOE-HU mit seinen Regelungen zu Stammkapital und Einlagen im SPE-VOE-HU für die SPE ein kontinentaleuropäisches System der effektiven Kapitalaufbringung geschaffen haben.¹⁵⁷⁹ Damit würde der SPE-VOE-HU ebenso wie bereits die Kapitalrichtlinie den Ansatz eines vorgelagerten Gläubigerschutzes verfolgen.¹⁵⁸⁰ Typisch für ein solches System sind umfangreiche und ausdifferenzierte Regelungen um sicherzustellen, dass das geforderte Kapital effektiv aufgebracht wird. Folglich stünde die Kapitalaufbringung bei der SPE nicht mehr unter dem Postulat, besonders einfach handhabbar zu sein.¹⁵⁸¹ Gleichzeitig drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern das Kapitalaufbringungsrecht der SPE für die Konzernfinanzierungspraxis tauglich ist.

Im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung der SPE besonders bedeutsam könnte Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU sein. Hiernach dürfen die Gesellschafter „*außer bei einer Kapitalherabsetzung [...] nicht ihrer Pflicht zur Leistung der vereinbarten Bar- oder Sacheinlage enthoben werden*“. Darüber hinaus ist fraglich, ob und unter welchen Umständen nationales Recht flankierend oder anstelle unionsrechtlicher Regelungen zum Einsatz kommt.

II. Unterschiede im SPE-Konzern

1. Nationaler SPE-Konzern

a) SPE-Konzern als faktischer Konzern deutschen Rechts

(1) Vereinbarung und Leistung von Einlagen

Fraglich ist, wie der Ordnungsgeber die Kapitalaufbringung bei der SPE sicherstellt, und welchen Bewegungsspielraum er den Unternehmen und Mitgliedstaaten hierbei lässt.

Zur Beantwortung der Frage ist zunächst ein Blick auf die Höhe des *Stammkapitals*¹⁵⁸² der SPE zu richten. Mit Art. 19 Abs. 3 SPE-VOE-HU gibt der Unionsgesetzgeber eine Untergrenze von einem Euro vor, die die Mitglied-

¹⁵⁷⁶ Zum GmbH-Recht *Ziemons*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 5 Rn. 1 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, Einl. Rn. 1 f.; zum englischen Recht *Hannigan*, *Company Law*, mn. 19-58 et seqq.; *Davies*, *Company Law*, pp. 74 et seq.; zum niederländischen Recht *deVries/van Efferink*, *GmbHR-Sonderheft* 2006, 48, 49 f.; zum französischen Recht *Recq/Smyrek*, *GmbHR-Sonderheft* 2006, 54, 56.

¹⁵⁷⁷ Für Auslandsgesellschaften *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 33.

¹⁵⁷⁸ Dazu *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 88 et seq.; *Martens*, *Managementstrukturen*, S. 13; *Mosch*, *Kapital-schutz ohne Kapital*, S. 310 f.; unklar *Kneisel*, *SPE im Konzern*, S. 251, 256.

¹⁵⁷⁹ Dafür auf Basis des SPE-VOE-SE auch *Hommelhoff/Teichmann*, *GmbHR* 2010, 337, 339; *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/'SPE, S. 133, 135, 152, 159; ähnlich *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 376; *Jung*, *Kapitalverfas-sung*, S. 46 ff.; zum vorhergehenden Regime vgl. SPE-VOE-K Begründung (S. 8), Art. 19 Abs. 3 SPE-VOE-K; *Jung*, *DStR* 2009, 1700, 1702 ff.; zur Kapitalrichtlinie, SE-VO und SCE-VO *Habersack*, in: MüKo-AktG, Einl. Rn. 139.

¹⁵⁸⁰ Dafür auf Basis des SPE-VOE-HU grundsätzlich *Schmidt*, in: *Aktuelles GmbH-Recht*, S. 8, 35; auf Basis des SPE-VOE-SE *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/'SPE, S. 133, 135, 152, 159; zur Kapitalrichtlinie *Klinke*, in: *Heidel/Aktienrecht*, Kap. G. III. Rn. 202; *Koutsogianni-Hanke*, *Verdeckte Sacheinlage*, S. 257 f., 303, vgl. aber S. 307.

¹⁵⁸¹ Dafür *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 377.

¹⁵⁸² Bzw. *capital*.

staaten auf bis zu EUR 8.000 anheben dürfen.¹⁵⁸³ Wenn die Unternehmen von dem obliatorischen Auftrag zur Regelung des Stammkapitals in Art. 8 Abs. 1 lit. d SPE-VOE-HU Gebrauch machen, ist ihr betragsmäßig gewährter Gestaltungsspielraum nach unten begrenzt und nur nach oben offen. Nationales Recht greift zunächst nur über das besagte Staatenwahlrecht ein. Inwiefern es eine fehlende oder fehlerhafte Nutzung des Satzungsregelungsauftrags sanktionieren darf, wird an späterer Stelle geprüft.¹⁵⁸⁴ Getreu dem unionsrechtlichen Grundsatz eines informationellen Gläubigerschutzes muss das Stammkapital zusätzlich auf den Geschäftsbriefen und ggf. der Website der Gesellschaft verlaublich werden.¹⁵⁸⁵ Folglich gibt der Ordnungsgeber in Bezug auf die Höhe des Stammkapitals ein enges Korsett umfangreicher und detaillierter Regelungen vor, innerhalb dessen Unternehmen und Mitgliedstaaten nur wenig Bewegungsspielraum genießen.

Auch in Bezug auf Art, Wert und Fälligkeit der Einlagen könnte der Ordnungsgeber ein solches enges Korsett vorgeben und damit das Dogma der realen Kapitalaufbringung unterstreichen. Die Gesellschafter müssen das Stammkapital sogleich in voller Höhe zeichnen und bestimmen, ob sie es in Gestalt von Bar- oder Sacheinlagen aufbringen möchten.¹⁵⁸⁶ Eine Gegenüberstellung von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 SPE-VOE-HU zeigt, dass mit dem Begriff „zeichnen“ die Übernahme der betreffenden Geschäftsanteile, nicht jedoch die Einzahlung der darauf zu leistenden Einlagen gemeint ist.¹⁵⁸⁷ Ebenso wie schon in der Kapitalrichtlinie definiert der Unionsgesetzgeber die Begriffe der *Bareinlagen*¹⁵⁸⁸ und *Sacheinlagen*¹⁵⁸⁹ nicht.¹⁵⁹⁰ In europäisch-autonomer Auslegung könnten die Begriffe nach kontinentaleuropäisch-strengem Verständnis abzugrenzen sein. Dieses kontinentaleuropäisch-strenge Verständnis erfordert einen möglichst engen Bareinlage- und dementsprechend weiteren Sacheinlagebegriff. Demnach sind bei der SPE Bareinlagen als Einlagen durch Zahlung von Geld zu begreifen, das naturgemäß keine weitere Bestimmung von Art und Wert erfordert. Als Sacheinlagen sind alle übrigen Vermögensgegenstände und Leistungen zu qualifizieren.¹⁵⁹¹ Damit fallen auch Befreiungen von einer Verbindlichkeit¹⁵⁹² und

¹⁵⁸³ Vgl. auch SPE-VOE-HU Erwägung 11 (S. 11).

¹⁵⁸⁴ Vgl. unter nachstehend (3) (b).

¹⁵⁸⁵ Vgl. Artt. 8 Abs. 1 lit. d, 11 Abs. 2 lit. c; Art. 9 Abs. 2 lit. d; Art. 9a Abs. 1 S. 1; Art. 9a Abs. 3; jeweils SPE-VOE-HU.

¹⁵⁸⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 3; Art. 9 Abs. 2 lit. k; Art. 20 Abs. 3; Art. 19 Abs. 2; jeweils SPE-VOE-HU; vgl. auch *Flaig*, Die Satzung der SPE, S. 86 f., 88; zu Kapitalerhöhungen vgl. *Hommelhoff*, ZHR 173 (2009), 255, 264 - 268; *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309 ff., 341f.; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 125 - 129; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 42, 113 ff.; anders dagegen der SUP-RLE-K, der bei Onlinegründungen ausschließlich Bareinlagen zulässt, vgl. dazu *Drygala*, EuZW 2014, 491, 494.

¹⁵⁸⁷ Im Ergebnis ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 28 ff.; im Zusammenhang mit Bareinlagen *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 147 f.; *Klorusová*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 189, 202, 205.

¹⁵⁸⁸ Bzw. *considerations in cash* bzw. *apports en numéraire*.

¹⁵⁸⁹ Bzw. *considerations in kind* bzw. *apports en nature*.

¹⁵⁹⁰ So auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 140 f.

¹⁵⁹¹ Ähnlich *Jung*, EuZW 2012, 129, 130; *dies.*, BB 2010, 1233, 1237; vgl. auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 98 ff. (mit Fn. 336, 344), 104 f.; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 60 f., 66 ff.; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 306, 313 f.; zum deutschen Recht *Märtens*, in: MüKo-GmbHG, § 5 Rn. 61; *Roth*, in: ders./Altmeppen/GmbHG, § 5 Rn. 25 f.; zum englischen Recht (*money or in money's worth* bzw. *cash or non-cash contributions*) vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, Ch. 6.6, pp. 185 et seqq.; *Hannigan*, Company Law, mn. 19-58 et seqq.; *Levedag*, GmbH-Sonderheft 2006, S. 5, 13; zum niederländischen Recht *de Vries/van Efferink*, GmbH-Sonderheft 2006, 48, 49 f.; *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 88 f.; zum französischen Recht *Recq/Smyrek*, GmbH-Sonderheft 2006, 54, 56; *Fleischer*, in: Michalski/GmbHG, Systematische Darstellung, 5. Die Finanzierung der GmbH Rn. 74; *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 87 f.

¹⁵⁹² Anders z. B. im englischen Recht, vgl. sec. 583 CA 2006; zur Vorgängervorschrift des sec. 738 CA 195 *Levedag*, GmbH-Sonderheft 2006, S. 5, 13.

die Einbringung von Forderungen¹⁵⁹³ unter den Sacheinlagebegriff. Seine Begriffsabgrenzung unterstreicht der Verordnungsgeber dadurch, dass er für Bar- und Sacheinlagen jeweils unterschiedliche Verben gebraucht.¹⁵⁹⁴ Folglich sind die Begriffe der *Bareinlage* und der *Sacheinlage* in europäisch-autonomer Auslegung nach kontinentaleuropäisch-strengem Verständnis¹⁵⁹⁵ abzugrenzen.¹⁵⁹⁶

Möglicherweise verdeutlicht der Verordnungsgeber diese Abgrenzung zusätzlich durch verschiedenen strenge Anforderungen an Bar- und Sacheinlagen. Falls sich die Gesellschafter für Bareinlagen entscheiden, werden sie mithilfe einer Reihe von Regelungsaufträgen¹⁵⁹⁷ dazu aufgerufen, den Betrag und die Fälligkeit von Bareinlagen privatautonom festzulegen. Der Verordnungsgeber beschneidet allerdings ihren Gestaltungsspielraum, indem er mit der Mindeststammkapitalziffer indirekt auch die Mindestbeträge für die Einlagen vorschreibt. Außerdem legt er in Orientierung an der Kapitalrichtlinie für Bareinlagen fest, in welcher Mindesthöhe sie sofort und wann die Restbeträge spätestens fällig sind, erlaubt Agios und verbietet Disagios.¹⁵⁹⁸ Äußert sich der Satzungsgeber nicht zur Fälligkeit der restlichen, nicht bereits bei Gründung fälligen Bareinlagenbeträge, hält der Verordnungsgeber eine Auffangregelung vor. Damit entpuppt sich der betreffende Regelungsauftrag eigentlich als ein Wahlrecht. Die Stammkapitalhöhe und Einzahlungen sind zu veröffentlichen und im Rahmen der Eintragungskontrolle nachzuweisen. Da Kapitalerhöhungen demselben Regime wie das ursprünglich vereinbarte Kapital unterliegen, ist der Regelungsauftrag für Kapitalerhöhungen entsprechend auszulegen und eingeschränkt.¹⁵⁹⁹

Auch für Sacheinlagen gewährt der Unionsgesetzgeber den Unternehmen verschiedene Regelungsaufträge.¹⁶⁰⁰ Hier ist das Korsett jedoch nochmals enger geschnürt als bei Bareinlagen. In Anlehnung an die Kapitalrichtlinie muss die Art der Sacheinlagen genau spezifiziert werden, wobei aber Arbeits- und Dienstleistungen ausgeschlossen sind.¹⁶⁰¹ Anders als Bareinlagen sind Sacheinlagen stets sofort in voller Höhe fällig. Die Gesellschafter dürfen sich zwar zur Einlagenbewertung äußern. Doch dürfen die Mitgliedstaaten ihnen eine Werthaltigkeitskontrolle

¹⁵⁹³ A. A. zur Kapitalrichtlinie *Tesauero*, DB 1992, 1667, 1669 ff. – Schlussanträge in der Rs. *Meilicke*; kritisch *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 24 ff., 34 ff.; ähnlich, im Ergebnis aber zum Bareinlagenbegriff a. A. *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 156 ff., 173, 175; ähnlich wie *Tesauero* im Hinblick auf § 27 Abs. 4 AktG und Art. 9 Kapitalrichtlinie *Polley*, in: Heidel/Aktienrecht, § 27 AktG Rn. 75; dagegen *Habersack*, AG 2009, 557, 561; zu Rechtsunsicherheiten unter der Kapitalrichtlinie *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 41; unklar auf Grundlage wohl des SPE-VOE-K *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 294, 298, 306

¹⁵⁹⁴ *pay* bzw. *provide* sowie *verser* bzw. *fournir* in der englisch- und französischsprachigen Fassung, in der deutschsprachigen Fassung dagegen bei Bareinlagen oftmals *leisten* statt *zahlen*.

¹⁵⁹⁵ Zur SPE und rechtsvergleichend ebenso *Jung*, EuZW 2012, 129, 130, 131; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 74 ff.; unklar auf Basis des SPE-VOE-CZ *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 141 f., 171.

¹⁵⁹⁶ So im Ergebnis auch die überwiegende Meinung zur Kapitalrichtlinie, vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 41; bzgl. SPE-VOE-HU offenlassend *Jung*, Kapitalverfassung, S. 140 ff.

¹⁵⁹⁷ Vgl. Art. 8 Abs. 1 litt. d, e, f, h, Anhang I Nr. 5 SPE-VOE-HU.

¹⁵⁹⁸ Vgl. Artt. 8, 9 Kapitalrichtlinie; Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 1 SPE-VOE-HU.

¹⁵⁹⁹ Vgl. Erwägungen 9 und 11 (S. 11); Art. 8 Abs. 1 litt. f, h; Art. 9 Abs. 2 litt. d, j, k, l; Art. 9a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4; Art. 15 Abs. 1a lit. e, Abs. 6; Art. 19 Abs. 2, 3 und 4; Art. 20 Abs. 1; VOE-Anhang I Nrn. 5 und 8; vgl. auch Art. 11, 28 Abs. 1 litt. g und o, Abs. 2, Abs. 6; jeweils SPE-VOE-HU; *Jung*, EuZW 2012, 129, 130 ff.; *dies.*, BB 2010, 1233, 1236 f.; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 60 ff., 90 ff.; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 98 ff.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 74 ff.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 42, 113 ff.

¹⁶⁰⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 1 litt. d, e, f, i, Anhang I Nr. 4 SPE-VOE-HU.

¹⁶⁰¹ Vgl. Art. 7 Kapitalrichtlinie; Art. 20 Abs. 1a, 2 SPE-VOE-HU; wohl zum SPE-VOE-K *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 294, 298, 306.

vorschreiben.¹⁶⁰² Angesichts der sehr ausdifferenzierten Verordnungsvorschriften greift nationales Recht selbst dann grundsätzlich nicht ein, wenn die Unternehmen von den einschlägigen Regelungsaufträgen keinen Gebrauch gemacht haben. Zersplitterungen im transnationalen SPE-Konzern können allenfalls wegen des besagten Staatenwahlrechts und Sanktionen einer fehlenden oder fehlerhaften Nutzung von Regelungsaufträgen auftreten.

Je nach Einlagentyp sieht der SPE-VOE-HU also unterschiedliche Anforderungen vor und engt Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter stark ein.¹⁶⁰³ Auch hieraus ergibt sich, dass die Begriffe der *Bareinlage* und der *Sacheinlage* in europäisch-autonomer Auslegung nach kontinentaleuropäisch-strengem Verständnis abzugrenzen sind.

Mithin gibt der Unionsgesetzgeber in Bezug auf das *Stammkapital* der SPE und die Einlagenleistung ein enges Korsett umfangreicher und detaillierter Regelungen vor, innerhalb dessen Unternehmen und Mitgliedstaaten nur wenig Bewegungsspielraum genießen. Folglich offenbart sich in den Verordnungsregelungen zu Art, Wert und Fälligkeit der Einlagen ein Dogma der realen Kapitalaufbringung.¹⁶⁰⁴ *Prima facie* scheint dieses System in sich geschlossen zu sein¹⁶⁰⁵ und keine Änderung oder Ergänzung durch nationales Recht zuzulassen. Ob und inwieweit das tatsächlich der Fall ist, muss die weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU zeigen.

(2) Ordnungsgemäße Kapitalaufbringung

(a) Gefahr von Verstößen gegen den SPE-VOE-HU

Wegen der ausdifferenzierten Bar- und Sacheinlagenvorschriften im SPE-VOE-HU ist die Gefahr von Verstößen gegen das Kapitalaufbringungsregime groß.¹⁶⁰⁶ Indem der SPE-VOE-HU Sacheinlagen besonderen Anforderungen und einem höheren Aufwand als Bareinlagen unterwirft,¹⁶⁰⁷ geben die Regelungen auch durchaus Anreiz dafür, sie nicht einzuhalten, sondern zu umgehen.¹⁶⁰⁸ Dieser Anreiz besteht umso mehr, wenn die Mitgliedstaaten gemäß Art. 19 Abs. 3 SPE-VOE-HU die Mindeststammkapitalziffer auf bis zu EUR 8.000 erhöhen.¹⁶⁰⁹ Abgesehen davon ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber dasselbe Kapitalaufbringungskonzept verfolgt unab-

¹⁶⁰² Vgl. Erwägungen 9 und 11 (S. 11); Art. 8 Abs. 1 litt. f, i; Art. 9 Abs. 2 litt. d, j, k, l; Art. 9a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4; Art. 15 Abs. 1a lit. f (missverständlich im Hinblick auf Art. 20 Abs. 1a S. 1), Abs. 6; Art. 19 Abs. 2, 3 und 4; Art. 20 Abs. 1a (anders noch Art. 20 Abs. 1 S. 3 SPE-VOE-FR bzw. SPE-VOE-CZ), Abs. 2; VOE-Anhang I Nrn. 4 und 8; vgl. auch Art. 11, 28 Abs. 1 litt. g und o, Abs. 2, Abs. 6; jeweils SPE-VOE-HU; *Jung*, EuZW 2012, 129, 130, 131 ff.; *dies.*, BB 2010, 1233, 1237; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 63 ff., 90 ff.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 116 ff.; leicht anders Art. 10 Kapitalrichtlinie.

¹⁶⁰³ Ähnlich auf Basis des SPE-VOE-HU *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 80; *Jung*, EuZW 2012, 129, 130, 132; auf Basis des SPE-VOE-SE *dies.*, BB 2010, 1233, 1236 f.; a. A. noch auf Basis des SPE-VOE-K und SPE-VOE-CZ *Meller*, Gläubigerschutz, S. 98 f., 104 f.; zum deutschen Recht z. B. *C. Jaeger*, in: Beck'scher OK-GmbH, § 7 Rn. 10; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck/GmbHG*, § 7 Rn. 5, 12.

¹⁶⁰⁴ Ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE auch *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 339; *Kalss*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 133, 135, 152, 159; ähnlich *Helms*, in: *FS Hommelhoff*, S. 369, 376; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 46 ff.; zum vorhergehenden Regime vgl. SPE-VOE-K Begründung (S. 8), Art. 19 Abs. 3 SPE-VOE-K; *Jung*, DStR 2009, 1700, 1702 ff.

¹⁶⁰⁵ So auf Basis des SPE-VOE-K im Ergebnis *Martens*, Managementstrukturen, S. 133.

¹⁶⁰⁶ Ebenso, jeweils zum SPE-VOE-SE, *Culmann*, SPE in der Krise, S. 39; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 93; *Jung*, BB 2010, 1233, 1236 f.; a. A. noch auf Grundlage wohl des SPE-VOE-K *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 298, 304.

¹⁶⁰⁷ Vgl. unter vorstehend (1).

¹⁶⁰⁸ So auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 153, 309.

¹⁶⁰⁹ Vgl. auch SPE-VOE-HU Erwägung 11 (S. 11).

hängig davon, ob die SPE nach Art. 20 Abs. 1 SPE-VOE-HU über ein Mindestkapital von EUR 1 oder EUR 8.000 verfügt. Die Höhe des Mindeststammkapitals hat allenfalls praktische Auswirkungen, indem niedrige Stammkapitalia naturgemäß weniger zu Umgehungen einladen. Aus rechtssystematischer Sicht lassen sich aus der Mindestkapitalhöhe allerdings keine Rückschlüsse auf ein Kapitalaufbringungskonzept ziehen. Aus dieser Sicht ist es also notwendig zu klären, wann der Unionsgesetzgeber das gesetzes- und satzungsmäßig geforderte Stammkapital als wirksam aufgebracht ansieht, und welche Rechtsfolgen er an Verstöße knüpft.

(b) Verschiedene Konzepte

Bewusste oder versehentliche Verstöße gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften wären unbeachtlich, wenn die erstmalige physische Leistung die Einlageforderung der SPE unabhängig von vorhergehenden oder nachfolgenden Transaktionen im Konzern wirksam und endgültig tilgt. Andererseits könnten Verstöße aber auch dazu führen, dass die Einlageforderung als fortbestehend anzusehen ist. Im letzteren Fall würde das auf die SPE anwendbare Recht vor der Umgehung der Kapitalaufbringungsregelungen schützen und so eine effektive Aufbringung der vereinbarten Einlagen sicherstellen.

Die nationalen Rechte verfolgen unterschiedliche Konzepte. Das deutsche GmbH-Recht beispielsweise beinhaltet sehr ausdifferenzierte Regelungen in Bezug auf überbewertete Sacheinlagen, eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften sowie sonstige Fehler bei der Kapitalaufbringung. Danach unterliegt ein Gesellschafter einer Differenzhaftung, wenn bei offener Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung der Wert der Sacheinlage den Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils nicht erreicht.¹⁶¹⁰ Bei Bargründungen bzw. -kapitalerhöhungen wird die Gewährung aufsteigender Darlehen bzw. deren Tilgung durch Rückzahlung oder Verrechnung je nach Umständen durch die Rechtsinstitute des Hin- und Herzählens¹⁶¹¹ oder der verdeckten Sacheinlage¹⁶¹² sanktioniert. Die Tilgung eines Gesellschafterdarlehens durch Rückzahlung oder Verrechnung kann ebenfalls den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage¹⁶¹³ erfüllen.¹⁶¹⁴ Verstöße gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften lassen nach deutschem GmbH-Recht nicht nur die Einlageschuld fortbestehen, sondern ziehen auch eine darüberhinausgehende Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer nach sich.¹⁶¹⁵ Erfüllen die Unternehmen dagegen bestimmte Voraussetzungen, sind konzerninterne Transaktionen erlaubt und hindern die Tilgung der Einlageschuld nicht.

Im englischen Recht gelten dagegen die verschiedensten zivil- und strafrechtlichen Sanktionen vornehmlich allenfalls für *public companies*¹⁶¹⁶ und lassen die meisten Kapitalgesellschaften unbehelligt. Außerdem sind die praktischen Erfahrungen mit Kapitalaufbringungssanktionen wegen der traditionell sehr niedrigen Stammkapitalia gering. Damit sind dem englischen Rechtskreis Tatbestände einer Differenzhaftung und eines Umgehungs-

¹⁶¹⁰ Vgl. § 9 GmbHG; vgl. dazu z. B. *Ziemons*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 9 Rn. 4 ff.

¹⁶¹¹ Bzw. Her- und Hinzählens-

¹⁶¹² Bzw. der verdeckten Sachübernahme.

¹⁶¹³ Bzw. der verdeckten Sachübernahme.

¹⁶¹⁴ Vgl. § 19 Abs. 2, 4 und 5 GmbHG; allgemein z. B. *Märtens*, in: MüKo-GmbHG, § 19 Rn. 93.

¹⁶¹⁵ Vgl. §§ 9, 9a, 9b, 19, 82 GmbHG; allgemein z. B. *C. Schäfer*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 9a GmbHG Rn. 1 ff.

¹⁶¹⁶ Vgl. *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 123, 125; *Hannigan*, *Company Law*, mn. 1-30 (p. 11), 19-83 et seqq. (pp. 472 et seqq.); *French/Mayson/Ryan*, *Company Law*, ch. 6.3.6 (pp. 178 et seq.), 6.5.2.1 (pp. 182 et seq.), 6.6.4, 6.6.6 (pp. 186 et seqq.); *Mosch*, *Kapitalschutz ohne Kapital*, S. 46 ff.; vgl. auch *Ringer/Otte*, in: *Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht*, § 4 Rn. 100 ff.

schutzes weitestgehend fremd.¹⁶¹⁷

(c) Hinweise im SPE-VOE-HU

(i) Rechtsfolgen mangelnder und mangelhafter Kapitalaufbringung für Gesellschafter

Auch im Übrigen regelt der SPE-VOE-HU nicht ausdrücklich, wann das Stammkapital wirksam aufgebracht ist. Hinweise auf die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung könnte der SPE-VOE-HU allerdings geben, indem er auf Ebene der Gesellschafter Rechtsfolgen für eine mangelnde oder mangelhafte Kapitalaufbringung vorsieht.

Das Unionsrecht schreibt vor, dass jeder Gesellschafter „*nur bis zur Höhe seines gezeichneten Geschäftsanteils*“¹⁶¹⁸ haftet. Damit besagt es, dass die Gesellschafter in Höhe des gezeichneten Geschäftsanteils haften und eine darüberhinausgehende Haftung ausgeschlossen ist. Außerdem ist die Norm dahingehend zu verstehen, dass die Gesellschafter ihre Haftung bereits mit Zeichnung auf den Betrag der von ihnen übernommenen Einlage beschränken.¹⁶¹⁹ Eine zusätzliche Handelndenhaftung und das Eingreifen nationalen Rechts sind allenfalls bis zur Eintragung der SPE möglich.¹⁶²⁰

Sind die Gesellschafter ihrer Leistungspflicht nicht vollständig nachgekommen und ist dies für die Registerbehörde feststellbar, kann zunächst die Gesellschaftsgründung oder Kapitalmaßnahme im Zuge der Eintragungskontrolle scheitern.¹⁶²¹ Außerdem müssen die Gesellschafter – was die weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU noch zeigen muss – möglicherweise Einschränkungen beim für Ausschüttungen zur Verfügung stehenden Betrag hinnehmen, wenn Ausschüttungen einem Bilanztest unterliegen.¹⁶²² Denn „*wird der [...] nicht eingezahlte Teil des Stammkapitals nicht auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesen*“, muss „*das ausgewiesene Kapital um diesen Betrag vermindert*“ werden.“¹⁶²³ Schließlich sind die Anteilsinhaber noch gehindert, die betreffenden Geschäftsanteile zu übertragen.¹⁶²⁴ Ihre durch Regelungsaufträge gewährte Gestaltungsfreiheit zur Normierung von Anteilsübertragungen und *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* ist insofern eingeschränkt.¹⁶²⁵ Mithin sieht das Unionsrecht auf Gesellschafterebene verschiedene Sanktionen für Fehler bei der Kapitalaufbringung vor.

Die Sanktionen können gravierende und weitreichende Folgen mit sich bringen, insbesondere wenn Anteilsübertragungen als unwirksam und Ausschüttungen als rechtswidrig angesehen werden. Aus diesem Grund haben die

¹⁶¹⁷ Ebenso *Fleischer*, in: Michalski/GmbHG, Systematische Darstellung, 5. Die Finanzierung der GmbH Rn. 76 f.; *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 86 f.

¹⁶¹⁸ Bzw. „*the amount he has subscribed*“ bzw. „*du montant qu'il a souscrit*“; vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 3 SPE-VOE-HU.

¹⁶¹⁹ vgl. auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 224 f.; *Maschke*, BB 2011, 1027, 1028; dagegen *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 62 (mit Fn. 206).

¹⁶²⁰ Vgl. Art. 12 SPE-VOE-HU; mit Überlegungen zur SUP *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215

¹⁶²¹ Vgl. Art. 9 Abs. 4 SPE-VOE-HU.

¹⁶²² Vgl. unter nachstehend C. II. 1. a) (1) (e).

¹⁶²³ Mit „*noch nicht eingezahlt*“ ungenau ins Deutsche übersetzt, vgl. „*not paid up*“ bzw. „*non versé*“; vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 4 SPE-VOE-HU.

¹⁶²⁴ „*Bezahlt*“, „*paid*“ bzw. „*payée*“; vgl. Art. 16 Abs. 3, Art. 23 Abs. 2 S. 3 SPE-VOE-HU; vgl. auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 167.

¹⁶²⁵ Vgl. SPE-VOE-HU-Anhang I Nrn. 4 und 19; Kapitel 6 C. II. 3.

Gesellschafter ein hohes Interesse daran, die Sanktionen zu vermeiden. Allerdings verhalten sich die Sanktionsnormen nicht dazu, wann ein Betrag nicht als „*eingezahlt*“ anzusehen ist und ihre Voraussetzungen damit vorliegen. Es bleibt unklar, wann das Kapital der SPE als wirksam aufgebracht anzusehen ist. Insbesondere enthält der SPE-VOE-HU keine ausdrücklichen Hinweise zum Umgang mit überbewerteten¹⁶²⁶ oder verdeckten Sacheinlagen.¹⁶²⁷ Außerdem bleibt auf erste Sicht offen, ob der Unionsgesetzgeber seine dargestellten Regelungen zu Rechtsfolgen einer ungenügenden Kapitalaufbringung für Gesellschafter als abschließend ansieht oder nicht.

(ii) Rechtsfolgen mangelnder und mangelhafter Kapitalaufbringung für Organmitglieder

Demgegenüber sieht der SPE-VOE-HU keine besonderen Sanktionen für Organmitglieder im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung vor. Vielmehr ergibt sich aus der allgemeinen Erläuterung des Verordnungsgebers zur Geschäftsleiterhaftung,¹⁶²⁸ dass die Organmitglieder nach nationalem Recht haften. Im Rahmen der Kapitalaufbringung kann es also z. B. sein, dass die Geschäftsführungsmitglieder wegen Erbringung eines unrichtigen Nachweises bzw. einer unrichtigen Entsprechenserklärung bzw. -versicherung haften.¹⁶²⁹ Hinzu kommen Haftungsgefahren im Zusammenhang mit einer falschen Bilanzierung. Auch mit Blick auf die Haftung der Organmitglieder bleibt aber unklar, wann das Kapital der SPE als wirksam aufgebracht anzusehen ist, und welche Rechtsfolgen Verstöße haben sollen.

(3) Auslegung des SPE-VOE-HU

In Auslegung des SPE-VOE-HU ist fraglich, ob und inwieweit Fragen der ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung und der Sanktionierung etwaiger Verstöße auf unions- oder nationalrechtlicher Ebene zu lösen sind.

(a) Unionsrechtliche Lösungen

(i) Regelungsdichte des SPE-VOE-HU

Zunächst könnten allgemeine systematisch-teleologische Erwägungen Aufschluss über das Kapitalaufbringungsregime bei der SPE geben. Die Verordnungsregelungen zur Kapitalaufbringung sind vergleichsweise stark detailliert. Nationales Recht kommt allenfalls punktuell und nach unionsrechtlicher Rigide zum Einsatz.¹⁶³⁰ Das spricht dafür, dass der Unionsgesetzgeber *abschließend* auf unionsrechtlicher Ebene geregelt wissen möchte, wann die

¹⁶²⁶ Ebenso *Oplustil*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 63, 74; *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 157 f.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 159 f., 161 f., zur Kapitalrichtlinie S. 162.

¹⁶²⁷ Ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 310.

¹⁶²⁸ Vgl. zuletzt SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); so auch *Hommelhoff*, in: FS Roth, S. 269, 270; *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 200, 260 f., 265 ff., 283 f.; zur Geschäftsleiterhaftung vgl. auch SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); Kapitel 5 C. II. 3.

¹⁶²⁹ Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. I SPE-VOE-HU; mißglückt die deutsche Übersetzung: „*Bestätigungsvermerk*“; besser die englisch- und französischsprachige Fassung: „*statement of compliance*“ bzw. „*déclaration de conformité*“; zum statement of compliance im englischen Recht secc. 13, 1112 CA 2006; dazu *Hannigan*, Company Law, mn. 1-30 (p. 11); zu Geschäftsführerversicherungen im deutschen Recht § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG; vgl. zudem SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 264, 161, 260; auf Basis des SPE-VOE-K wohl a. A. *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 147.

¹⁶³⁰ Vgl. unter vorstehend (1).

Kapitalaufbringung bei der SPE wirksam erfolgt ist und wie etwaige Verstöße sanktioniert werden.¹⁶³¹ Außerdem wäre es merkwürdig anzunehmen, dass der Verordnungsgeber Anforderungen an die Kapitalaufbringung umfangreich und mühsam regelt, ihm aber die tatsächliche Sicherstellung der Kapitalaufbringung gleichgültig ist. Wegen der zentralen Rolle des Kapitalschutzes gebietet auch der angestrebte *effet utile* der SPE-VO¹⁶³² eine größtmögliche unionsweite Einheitlichkeit der SPE und damit ein abschließendes Schutzkonzept.

Unter der Annahme, der SPE-VOE-HU regele die Kapitalaufbringung bei der SPE *abschließend*, kommt nationales Recht nur nachrangig und erst dann zur Anwendung, wenn und soweit ein Lückenschluss auf unionsrechtlicher Ebene nicht möglich ist. Außerdem darf mitgliedstaatliches Recht das Unionsrecht grundsätzlich nur ergänzen, nicht aber verschärfen.¹⁶³³ Aufgrund dieser weitreichenden Folgen eines abschließenden Regelungsbestandes auf Unionsrechtsebene bedarf es jedoch einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU. Fraglich ist, ob neben den genannten allgemeinen systematisch-teleologischen Erwägungen auch andere Aspekte darauf hindeuten, dass der Verordnungsgeber Fragen der ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung und der Sanktionierung etwaiger Verstöße abschließend auf unionsrechtlicher Ebene behandeln möchte.

(ii) Einzahlung der geschuldeten Beträge

In seinen Vorschriften über die Leistung der vereinbarten Einlagen gebraucht der Verordnungsgeber in Bezug auf Bareinlagen den Begriff „zahlen“¹⁶³⁴ und in Bezug auf Sacheinlagen den Begriff „zur Verfügung stellen“.¹⁶³⁵ In Bezug auf den Zeitraum nach Gründung bzw. Kapitalerhöhung spricht er dagegen lediglich vom „in voller Höhe eingezahlten“¹⁶³⁶ bzw. „nicht eingezahlten“ Betrag.¹⁶³⁷

Das könnte darauf hinweisen, dass der Unionsgesetzgeber schlicht davon ausgeht, dass – weil lediglich Bareinlagen bei Gründung bzw. Kapitalerhöhung nur teilweise aufgebracht werden dürfen – lediglich in Bezug auf Bareinlagen ein Bedürfnis für die Regelung des Zustands einer bloß teilweisen Kapitalaufbringung besteht. Weil Sacheinlagen sogleich in voller Höhe aufgebracht werden müssen, entfällt das Bedürfnis für die Regelung einer bloß teilweisen Kapitalaufbringung. Das könnte wiederum bedeuten, dass der Verordnungsgeber das Kapital bereits und endgültig bei erstmaliger Leistung als ordnungsgemäß aufgebracht ansieht, wobei nachfolgende Geschäfte diese Kapitalaufbringung nicht mehr stören können und insbesondere die Einlagenansprüche der SPE

¹⁶³¹ Vgl. allgemein Kapitel 4 C. II. 4. a); ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 140; zu Artt. 11, 27 Kapitalrichtlinie *Tesaro*, Schlussanträge v. 8. April 1992, Rs. C-C008/91, BeckEuRS 1992, 190212 – *Meilicke/ADV-ORGA AG*; *Einsele*, NJW 1996, 2681, 2684 f., 2689; vgl. auch *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 28 ff.; a. A. *BGH*, Urt. v. 15. Januar 1990, NJW 1990, 982, 987 f. – *IBH/Lemmerz*; anders nuanciert allerdings *BGH*, Urt. v. 30. Januar 1995, DStR 1995, 459, 461 – *Siemens/Nold*; kritisierend *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 45 ff.; *Habersack*, in: MüKo-AktG, Einl. Rn. 142; vermittelnd *Pentz*, in: MüKo-AktG, § 27 Rn. 87.

¹⁶³² Vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

¹⁶³³ Vgl. allgemein Kapitel 4 C. III.

¹⁶³⁴ Bzw. „pay“ bzw. „verser“, in der deutschsprachigen Fassung allerdings ungenau mit „leisten“ statt mit „zahlen“ übersetzt.

¹⁶³⁵ Bzw. „provide“ bzw. „fournir“, in der deutschsprachigen Fassung allerdings ungenau mit „leisten“ statt mit „zur Verfügung stellen“ übersetzt.

¹⁶³⁶ Bzw. „in voller Höhe bezahlt“ bzw. „fully paid“ bzw. „entièrement payée[s]“; vgl. Art. 16 Abs. 3, Art. 23 Abs. 2 S. 3 SPE-VOE-HU.

¹⁶³⁷ Bzw. „not paid up“ bzw. „non versé“; vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 4 SPE-VOE-HU.

nicht wieder aufleben lassen.¹⁶³⁸ Das würde wiederum bedeuten, dass der Unionsgesetzgeber bewusst keinen Umgehungsschutz geregelt hat. Hinweise auf eine Differenzhaftung bei überbewerteten Sacheinlagen würde der SPE-VOE-HU nach diesem Verständnis allerdings nicht enthalten. Insoweit könnte das Unionsrecht lückenhaft sein.

Die Regelungen könnten aber auch dahingehend verstanden werden, dass der Begriff „*eingezahlt*“ jenseits der Gründung bzw. Kapitalerhöhung als Oberbegriff vereinfachend die Aufbringung von sowohl Bar- als auch Sacheinlagen meint. Das würde wiederum heißen, dass eine Einlagenleistung nicht stets für die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung ausreicht. Unter dieser Prämisse erscheint es möglich, dass das Unions- bzw. nationale Recht die Fälle behandelt, dass das Stammkapital der SPE infolge von Minderleistungen oder Umgehungsgestaltungen nicht ordnungsgemäß aufgebracht wurde.

Es kommt aber auch schlicht in Betracht, dass der Unionsgesetzgeber den Fall einer nicht ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung nicht bedacht hat. Dann könnte eine planwidrige Regelungslücke vorliegen, die durch Unions- bzw. nationales Recht zu schließen ist. Vor dem Hintergrund dieser verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten geben also die Vorschriften im Zusammenhang mit der *Einzahlung* von Beträgen keine Auskunft darüber, wann der Unionsgesetzgeber das gesetzes- und satzungsmäßig geforderte Stammkapital als wirksam aufgebracht ansieht, und ob die Verordnungsregelungen abschließend sind oder nicht.

(iii) Enthebung von der vereinbarten Einlage

(A) Inhalt von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU

Aufschluss über das vom Unionsgesetzgeber verfolgte Konzept könnte allerdings ein Blick auf Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU geben. Nach dieser Vorschrift „*können*“ die Gesellschafter „*außer bei einer Kapitalherabsetzung [...] nicht ihrer Pflicht zur Leistung der vereinbarten Bar- oder Sacheinlage enthoben werden*“. In Auslegung der Vorschrift ist also zu ermitteln, welche Anforderungen an die *Vereinbarung der Leistungspflicht* zu stellen sind, und unter welchen Voraussetzungen eine *Enthebung* davon anzunehmen ist.

Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU weist eine deutliche Parallele zu Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 15 Kapitalrichtlinie n. F. auf und ist seit Beginn unverändert in den SPE-VO-Entwürfen enthalten.¹⁶³⁹ Die englische Fassung von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU verwendet ebenso wie Art. 12 bzw. Art. 15 Kapitalrichtlinie die Formulierung „*released*“. Die Formulierung wurde für die deutsche Version der Kapitalrichtlinie mit „*befreit*“ übersetzt, während die deutsche Version des SPE-VOE-HU den Begriff „*enthoben*“ verwendet. Da die englischen Fassungen denselben Begriff verwenden ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber die Begrifflichkeiten in Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU in demselben Sinne versteht wie in Art. 12 bzw. Art. 15 Kapitalrichtlinie.

(B) Einlagevereinbarung

Dementsprechend ist zunächst fraglich, welche Anforderungen an die *Vereinbarung* zu stellen sind, an der sich die Leistungspflicht gemäß Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU messen lassen muss. Die Vorschrift knüpfte ursprünglich

¹⁶³⁸ In diese Richtung im Ergebnis Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 309.

¹⁶³⁹ Im SPE-VOE-K allerdings noch als Art. 20 Abs. 2; vgl. auch Jung, Kapitalverfassung, S. 316 f.

an Art. 20 Abs. 1 SPE-VOE-K an. Nach Art. 20 Abs. 1 SPE-VOE-K mussten „*die Anteilseigner [...] im Einklang mit der Satzung der SPE das vereinbarte Entgelt entweder bar entrichten oder die vereinbarte Sacheinlage leisten*“. Mithin deutet die historische Auslegung von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU darauf hin, dass die Vereinbarung in der Satzung der SPE enthalten sein muss. Hierfür könnte auch eine teleologische Auslegung sprechen. Satzungsregelungen können nur mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden. Sie unterliegen einer behördlichen Kontrolle und der Veröffentlichung.¹⁶⁴⁰ Eine Satzungsregelung zu fordern entspricht mithin einem angemessenen Minderheits- und Gläubigerschutz. Indem der Ordnungsgeber an zahlreichen Stellen des SPE-VOE-HU einen großen Wert auf einen angemessenen Minderheits-¹⁶⁴¹ und Gläubigerschutz legt,¹⁶⁴² ist davon auszugehen, dass er auch im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung einen solchen bezweckt. Mithin spricht auch die teleologische Auslegung für eine Satzungsregelung. Die *Vereinbarung*, an der sich die Leistungspflicht gemäß Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU messen lassen muss, muss also in der Satzung enthalten sein. Der Gestaltungsspielraum für die Satzungsregelung hängt davon ab, was in europäisch-autonomer Auslegung jeweils unter Bar- und Sacheinlage zu verstehen ist.

(C) Enthebung bzw. Befreiung

Fraglich ist des Weiteren, wie die Formulierung *enthoben*¹⁶⁴³ bzw. *befreit* auszulegen ist. Anders als die Verordnungsregelungen, die vom *eingezahlten Betrag* sprechen¹⁶⁴⁴ und damit lediglich an eine tatsächliche Leistungshandlung und -höhe anknüpfen, bezieht sich der Begriff der *Enthebung von der vereinbarten Einlage* auf etwas, das von der ursprünglichen Vereinbarung abweicht und rechtliche Wirkungen in Bezug auf Leistungshandlung und -gegenstand haben soll. Damit enthält Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU nicht lediglich ein auf die Quantität, sondern ein auf die Qualität der Leistung abstellendes Tatbestandsmerkmal und umfasst jede Maßnahme, in deren

¹⁶⁴⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 9a, Art. 28 Abs. 1, 2 und 6, jeweils SPE-VOE-HU.

¹⁶⁴¹ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 13 (S. 12; Minderheitenschutz durch Satzungsregelungen, qualifizierte Mehrheitserfordernisse und Gleichbehandlungsgrundsatz); Erwägung 7 (S. 9), Art. 5b Abs. 4 lit. f, 5, 7-9 und Art. 9 Abs. 2 lit. m (Umwandlungsgründung); Erwägung 7 (S. 9), Art. 9 Abs. 2 lit. m und ma (Verschmelzungsgründung); Erwägungen 7a und 15 (S. 9, 12), Art. 37 Abs. 1 lit. fa, 2, 3, 5 (grenzüberschreitende Sitzverlegung); Erwägung 8 (S. 10), Art. 10 (Registereintragung); Erwägung 14a (S. 12; Ausschluss und Ausscheiden); Art. 14 Abs. 3 (Änderungen bei Sonderrechten und -pflichten); Art. 15 (Gesellschafterverzeichnis); Art. 16 Abs. 2 (Vinkulierungen); Artt. 23 Abs. 3, 28 Abs. 1 lit. f, Abs. 6, Anhang I Nr. 7 (eigene Geschäftsanteile); Art. 28 Abs. 2, Anhang I Nr. 10 (qualifizierte Mehrheitserfordernisse); Artt. 28 Abs. 3, 29, Anhang I NRn. 12, 15 und 21 (Information); Artt. 14 Abs. 3, 28 Abs. 4 (Beschlussmängel); Art. 30, Anhang I NRn. 22 und 23 (Beschlussbeantragung und Einberufung der Gesellschafterversammlung); Anhang I Nr. 9 (Beschlussverfahren); Anhang I Nr. 10 (zusätzliche Beschlussgegenstände).

¹⁶⁴² Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 7a und 15 (S. 9, 12), Art. 37 (grenzüberschreitende Sitzverlegung); Erwägung 8 (S. 10), Artt. 10, 12 (Registereintragung); Erwägung 11, Artt. 2 Abs. 1 lit. c, 11 Abs. 2 lit. d, 21, 22, 28 Abs. 1 lit. e, Abs. 6, Anhang I Nr. 6 (Ausschüttungen); Erwägung 12 (S. 11), Artt. 24, 28 Abs. 1 lit. h, Abs. 6, Anhang I Nr. 20 (Kapitalherabsetzungen); Erwägung 14a (S. 12; *financial assistance*); Artt. 3 Abs. 1, 11 Abs. 2 lit. c, 15 Abs. 1a lit. e, f, Abs. 6, 16 Abs. 3, 19, 20, Anhang I NRn. 4 und 5 (Stammkapital und Einlagen); Art. 5b Abs. 4 lit. f, Abs. 5, Abs. 7, Abs. 9, Art. 9 Abs. 2 lit. m (Umwandlungsgründung); Erwägung 7 (S. 9), Artt. 5 lit. c, 9 Abs. 2 lit. ma (Verschmelzungsgründung); Artt. 23, 28 Abs. 1 lit. f, Abs. 6, Anhang I Nr. 7 (eigene Geschäftsanteile); Art. 26 Abs. 1 (Jahresabschlüsse); Art. 28 Abs. 1 lit. g, Anhang I Nr. 8 (Kapitalerhöhungen); Erwägung 6 (S. 8), Artt. 36 Abs. 2, 41 Abs. 2 (Insolvenz); Art. 15 Abs. 6 (Gesellschafterverzeichnis).

¹⁶⁴³ Bzw. *released* und *libérés*.

¹⁶⁴⁴ Vgl. Art. 16 Abs. 3, Art. 21 Abs. 1 S. 4, Art. 23 Abs. 2 S. 3 SPE-VOE-HU; sowie unter *soeben* (B).

Folge die Gesellschaft nicht das erhält, was in der Satzung als Bar- oder Sacheinlage vereinbart ist.¹⁶⁴⁵ Gemeint sind also alle Maßnahmen, die im Falle ihrer Wirksamkeit die kraft Gründungs- oder Kapitalerhöhungsvereinbarung entstandenen Einlageansprüche der Gesellschaft nach Grund, Höhe, Inhalt oder Leistungszeitpunkt aufheben oder beeinträchtigen würden. Mithin ist die Formulierung *enthoben* bzw. *befreit* weit auszulegen.¹⁶⁴⁶ Indem Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU die Kapitalherabsetzung als einen Sonderfall der *Enthebung* bzw. *Befreiung* ansieht, meint er unter anderem die *ersatzlose* Befreiung der Gesellschafter von der Leistungspflicht. Aber auch die Befreiung der Gesellschafter durch Akzeptanz einer *anderen* Leistung als der ursprünglich vereinbarten kann umfasst sein.¹⁶⁴⁷ Damit fallen beispielsweise Stundungen, Aufrechnungen, ein Hin- und Herzahlen, ein Her- und Hinzahlen und verdeckte Sacheinlagen unter das Befreiungsverbot des Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU.¹⁶⁴⁸ Im deutschen GmbH-Recht sind solche Fälle in § 19 Abs. 2 bis 5 GmbHG geregelt.¹⁶⁴⁹

(D) Verbot von Enthebungen bzw. Befreiungen

Des Weiteren ist zu beantworten, welche Rechtsfolgen der Unionsgesetzgeber an *Enthebungen* bzw. *Befreiungen* im Sinne von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU knüpft. Die gewählte Formulierung „*können nicht*“, „*may not*“ bzw. „*ne peuvent pas*“ ist weicher als Formulierungen wie „*zugelassen*“ bzw. „*erlaubt*“¹⁶⁵⁰ oder „*vermeiden*“ bzw. „*verboten*“,¹⁶⁵¹ die an anderen Stellen der SPE-VO-Entwürfe gewählt oder erwogen worden sind. Allerdings verwendet der Ordnungsgeber diese oder ähnliche, vergleichsweise weich klingende Formulierungen¹⁶⁵² an zahlreichen Stellen und sehr viel öfter als die härter klingenden Formulierungen. Das spricht dafür, dass der Ordnungsgeber mit diesen Formulierungen über bloße Empfehlungen hinausgehende rechtliche Bindungen begründen möchte, die auf Gebote und Verbote hinauslaufen. Darauf deutet auch der übrige Inhalt der betreffenden Textpassagen hin, der sich auf bestehende Regelungsmöglichkeiten, auf die Ausgabe und Handelbarkeit von Geschäftsanteilen sowie auf die Erteilung einer Solvenzbescheinigung beziehen. Diese Textpassagen machen nur Sinn, wenn sie Gebote bzw. Verbote aussprechen. Diese Erwägungen sprechen dafür, dass der Ordnungsgeber auch in Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU ein Verbot aussprechen möchte. Demnach wäre jede Maßnahme, in deren Folge die Gesellschaft nicht das erhält, was in der Satzung als Bar- oder Sacheinlage vereinbart ist, verbo-

¹⁶⁴⁵ Ebenso zu Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F. bzw. § 66 AktG *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20 Rn. 33; *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 179 f.; *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 66 Rn. 2 f., 10; a. A. zu Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-SE *Freudenberg*, NZG 2010, 527, 530 – nur Differenzhaftungstatbestand.

¹⁶⁴⁶ A. A. wohl *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 145.

¹⁶⁴⁷ Ebenso zu Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 33 ff, § 43 Rn. 76; unklar zu Art. 20 Abs. 2 SPE-VOE-K *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 312 ff., 317.

¹⁶⁴⁸ Ebenso zu Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F. bzw. § 66 AktG *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 66 Rn. 2 f., 13 ff., 21, 23, 33, 40, 50 f.; *Ziemons*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 19 Rn. 86 ff.

¹⁶⁴⁹ Unter beispielhaftem Verweis auf § 27 AktG bzw. § 19 Abs. 2 S. 1 und 3 GmbHG *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 66 Rn. 2 f., 13 ff., 21, 23, 33, 40, 50 f.; *Ziemons*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 19 Rn. 86 ff.

¹⁶⁵⁰ Bzw. „*allowed*“ bzw. „*autorise*“, „*autorisés*“; SPE-VOE-HU Erwägung 6.

¹⁶⁵¹ Bzw. „*avoided*“, „*prohibited*“ bzw. „*garantir*“, „*éviter*“, „*interdire*“; vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 13, Art. 9 Abs. 4; SPE-VOE-CZ Art. 9 Abs. 4 (mit Fn. 20).

¹⁶⁵² Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 3, 6, Art. 16 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 22; „*dürfen nicht*“, „*können*“, „*dürfen*“ bzw. „*may not*“, „*may*“, „*should be able*“, „*may not be*“, „*should*“ bzw. „*ne peuvent pas*“, „*peuvent*“, „*devraient avoir la possibilité de*“, „*ne peut être*“, „*n'aurait pas dû être*“.

ten.¹⁶⁵³

(E) Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Verbot

Fraglich ist aber, welche Rechtsfolge das in Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU enthaltene Verbot nach sich ziehen soll. Der Titel¹⁶⁵⁴ und der übrige Regelungsinhalt von Art. 20 SPE-VOE-HU beziehen sich auf die Leistung von Einlagen, stehen also im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung. Auch die Stellung von Art. 20 SPE-VOE-HU nach der allgemeinen Kapitalvorschrift des Art. 19 SPE-VOE-HU und vor den Ausschüttungsvorschriften der Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU spricht dafür, dass Art. 20 SPE-VOE-HU die Kapitalaufbringung bei der SPE behandelt. Das könnte wiederum darauf hindeuten, dass auch die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Vorschrift sich auf Ebene der Kapitalaufbringung abspielen.

Zwingend ist das jedoch nicht. Verstöße gegen Kapitalaufbringungsvorschriften könnten ebenso Rechtsfolgen im Zusammenhang mit Ausschüttungen, also mit der Kapitalerhaltung, nach sich ziehen. Der Ordnungsgeber unterscheidet in Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU jedenfalls nicht ausdrücklich danach, ob die Maßnahme die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung oder die ordnungsgemäße Kapitalerhaltung stört.¹⁶⁵⁵

(F) Enthebung bzw. Befreiung als Kehrseite der Einzahlung

Geht man allerdings davon aus, dass Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU eine Kapitalaufbringungsvorschrift darstellt, könnte dies im Einklang mit anderen Regelungen des SPE-VOE-HU stehen.

Wie beschrieben schränkt der SPE-VOE-HU die Möglichkeiten zur Ausschüttung und Anteilsübertragung ein, solange der betreffende Betrag noch nicht *eingezahlt* ist.¹⁶⁵⁶ Versteht man die Regelungen dahingehend, dass sie allgemein auf die Leistung der vereinbarten Einlage abstellen, bildet Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU die notwendige Kehrseite. Denn Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU regelt gerade, dass nur die Leistung des Vereinbarten erlaubt ist. Demnach ist das Stammkapital nur dann als *eingezahlt* im Rechtssinne anzusehen, wenn es *effektiv aufgebracht* wurde.¹⁶⁵⁷ Insofern bilden *Einzahlung* und *Enthebung* zwei Seiten ein- und derselben Medaille. Die *Einzahlung* ist alles, was die effektive Kapitalaufbringung befördert, während unter die *Enthebung* all das fällt, was die effektive Kapitalaufbringung stört. Wenn und soweit also ein Tatbestand des Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU verwirklicht wird, ist das Stammkapital nicht als wirksam *eingezahlt* anzusehen. Der Gesellschafter muss sich folglich so behandeln lassen, als hätte er noch keine Leistungen erbracht. Es macht aus rechtlicher Sicht keinen Unterschied, ob eine Leistung überhaupt noch nicht erbracht wurde oder ob ein Enthebungstatbestand im Sinne von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU verwirklicht wurde. Unter dieser Prämisse ergibt sich, dass der Einlageanspruch der SPE fortbesteht bzw. bei einer *Enthebung* im Sinne von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU wieder auflebt. Insofern entspräche

¹⁶⁵³ Ebenso zu Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F. bzw. § 66 AktG *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20 Rn. 33; *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 179 f.; *Bayer*, in: MÜKo-AktG, § 66 Rn. 2 f., 10; ähnlich *Klinke*, in: Heidel/Aktienrecht, Kap. G. III. Rn. 321, 342 f.; a. A. zu Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-SE *Freudenberg*, NZG 2010, 527, 530 – nur Differenzhaftungstatbestand.

¹⁶⁵⁴ „Auf Geschäftsanteile zu leistende Einlagen“ bzw. „Consideration for units“ bzw. „Apports en quotes-parts“.

¹⁶⁵⁵ Ebenso zu § 66 AktG *Paul*, in: Heidel/Aktienrecht, § 66 Rn. 1, 6.

¹⁶⁵⁶ Vgl. unter vorstehend (C) und (ii).

¹⁶⁵⁷ A. A. wohl *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 257 f., 303, vgl. aber S. 307.

die Rechtslage bei der SPE derjenigen bei der GmbH.¹⁶⁵⁸ Indem sich der SPE-VOE-HU zur Behandlung des ohne Erfüllungswirkung Geleisteten nicht verhält, käme insofern nationales Recht zur Anwendung. Unter der Annahme, das Geleistete sei wirksam an die SPE übertragen worden, bestünden Bereicherungsansprüche über die Grundsätze des internationalen Privatrechts.¹⁶⁵⁹ Auch insofern entspräche die Rechtslage bei der SPE also derjenigen bei der GmbH.¹⁶⁶⁰ Sollte eine Leistung wie zum Beispiel eine überbewertete Sacheinlage den Einlageanspruch nur teilweise erfüllt haben, ergibt sich aus dem fortbestehenden Einlageversprechen ein unionsrechtlicher Differenzhaftungsanspruch.¹⁶⁶¹

Geht man also davon aus, dass Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU eine Kapitalaufbringungsvorschrift darstellt, ergibt dies in einer Zusammenschau mit den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU ein in sich stimmiges System.

(G) Postulat der realen Kapitalaufbringung

Versteht man *Einzahlungen* und *Enthebungen* im Sinne des SPE-VOE-HU als Seiten ein- und derselben Medaille, verfolgt der SPE-VOE-HU ein Konzept der effektiven bzw. realen Kapitalaufbringung. Wesentliches Merkmal der realen Kapitalaufbringung ist nämlich, dass nicht irgendetwas irgendwann irgendwie aufgebracht wird, sondern genau dasjenige, das in der publizierten Satzung verlautbart ist. Nur so können Gläubiger und Minderheitsgesellschafter sich ein zuverlässiges Bild von der Ausstattung der Gesellschaft machen und die damit verbundenen Chancen und Risiken einschätzen. Gilt ein Postulat der realen Kapitalaufbringung, bedarf es auch bestimmter Schutzvorkehrungen für die versehentliche Nichteinhaltung bzw. absichtliche Umgehung der Kapitalaufbringungsvorschriften.¹⁶⁶²

Die Regelungen zu Bar- und Sacheinlagen im SPE-VOE-HU wären nicht derart ausgiebig verhandelt und detailliert gefasst worden, wenn der Verordnungsgeber kein Konzept der realen Kapitalaufbringung verfolgt hätte. Möchte der Verordnungsgeber im Interesse einer unionsweit möglichst einheitlichen SPE die reale Kapitalaufbringung abschließend auf Unionsrechtsebene regeln,¹⁶⁶³ muss er allerdings auch einen unionsrechtlichen Umgehungsschutz vorsehen. Indem Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU die Leistung des tatsächlich Vereinbarten sicherstellt, ist der Norm ein unionsrechtlicher Umgehungsschutz immanent.¹⁶⁶⁴ Damit ist Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU ebenso wie Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 15 Kapitalrichtlinie n. F. *die* zentrale Norm zur Verwirklichung des Postulats von der realen Kapitalaufbringung.¹⁶⁶⁵ Zugegebenermaßen fristete Art. 12 bzw. Art. 15 Kapitalrichtlinie bislang

¹⁶⁵⁸ Vgl. *Wicke*, GmbHG, § 19 Rn. 25 f.; *Ebbing*, in: Michalski/GmbHG, § 19 Rn. 61 ff., zur alten Rechtslage Rn. 132, 154.

¹⁶⁵⁹ Vgl. allgemein *Wendehorst*, in: Beck'scher OK-BGB, § 812 Rn. 14 ff., 281.

¹⁶⁶⁰ Vgl. *Wicke*, GmbHG, § 19 Rn. 25 f.; *Ebbing*, in: Michalski/GmbHG, § 19 Rn. 61 ff., zur alten Rechtslage Rn. 132, 154.

¹⁶⁶¹ Ebenfalls in diese Richtung, im Ergebnis aber offenlassend *Jung*, Kapitalverfassung, S. 160, 163 f.

¹⁶⁶² Ähnlich *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 71 m. w. N.; a. A. *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 257 f., 303, vgl. aber S. 307.

¹⁶⁶³ Vgl. unter vorstehend (i).

¹⁶⁶⁴ Ebenso, jeweils unter Bezugnahme auf Art. 20 Abs. 2 SPE-VOE-K *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2182 (mit Fn. 64); *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 147; a. A. ggf. *Meller*, Gläubigerschutz, S. 99; vgl. aber auch *Krejci*, in: FS Hüffer, S. 501, 513 f., 519; unklar auf Grundlage wohl des SPE-VOE-K *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 294, 298, 306; ; offenlassend auf Basis des SPE-VOE-SE Offenlassend *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 147.

¹⁶⁶⁵ Im Ergebnis ebenso zu Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-SE *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20 Rn. 33, § 43 Rn. 76; zu Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F. *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 66 Rn. 2 f.

ein Schattendasein hinter den Nachgründungsvorschriften in Art. 11 Kapitalrichtlinie.¹⁶⁶⁶ Denn als geschlossene Kapitalgesellschaft bedarf die SPE keines Nachgründungsrechts, und es erübrigte sich, eine dem Art. 11 Kapitalrichtlinie entsprechende Norm in die SPE-VO-Entwürfe aufzunehmen.¹⁶⁶⁷ Freilich passte Art. 20 Abs. 2 SPE-VOE-K als Vorgängervorschrift von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU nicht zu dem vergleichsweise liberalen Kapitalaufbringungssystem im SPE-VOE-K.¹⁶⁶⁸ Indem der Verordnungsgeber mit Art. 20 Abs. 2 SPE-VOE-K den Regelungsinhalt von Art. 12 bzw. Art. 15 Kapitalrichtlinie übernommen hatte, war die Vorschrift eine Art *legal transplant* in einer unpassenden Umgebung. Mit ihrer Metamorphose vom angelsächsisch-liberalen hin zum kontinental-europäisch-strengen Kapitalschutzsystem haben sich die übrigen Verordnungsvorschriften allerdings dem durch Art. 20 Abs. 2 SPE-VOE-K gesetzten Standard angepasst.

Folglich sichert Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU die effektive Kapitalaufbringung in der SPE ab und belegt damit, dass der Unionsgesetzgeber ein kontinentaleuropäisches System der effektiven Kapitalaufbringung geschaffen hat.¹⁶⁶⁹ Sieht man in Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU einen unionsrechtlichen Umgehungsschutz, ist der SPE-VOE-HU insofern nicht lückenhaft. Dementsprechend kommen auch keine regelgeleiteten Analogien zur Lückenschließung in Betracht.¹⁶⁷⁰

(H) Auswirkungen auf die Konzerntauglichkeit der SPE

Mit seinem weiten Verständnis des Enthebungsbegriffs legt Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU die Messlatte also extrem niedrig an: Im Zweifel müssen alle nur denkbaren Rechtshandlungen als für die effektive Kapitalaufbringung schädlich angesehen werden. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, wie es um die Konzerntauglichkeit der SPE bestellt ist. In der Konzernpraxis herrscht ein reger Austausch zwischen den einzelnen Konzernunternehmen. Tochtergesellschaften leiten erhaltene Finanzmittel üblicherweise rasch weiter, indem sie an einen *cash pool* angeschlossen sind bzw. aus anderen Gründen aufsteigende Darlehen gewähren und absteigende Darlehen tilgen.¹⁶⁷¹ Daher ist es von wesentlicher Bedeutung, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Tochtergesellschaft im Rahmen der Kapitalaufbringung erhaltene Finanzmittel weiterreichen darf.¹⁶⁷² Sind die betroffenen Finanzmittel gesperrt bzw. unterliegt ihre Verwendung rechtlichen Risiken, hat dies weitreichende Nachteile für die Konzernpraxis. Diese Nachteile wiegen umso schwerer, je höher die Mindeststammkapitalziffer, die Mindesteinzahlungspflichten und die Anforderungen an Sacheinlagen nach den gesetzlichen Vorgaben sind.

Wesentlicher Grundgedanke des SPE-VOE-HU ist es jedoch, mit der SPE eine Rechtsform zu schaffen, die aufgrund ihrer einfachen Handhabung und größtmöglichen unionsweiten Einheitlichkeit ein attraktiver Baustein für

¹⁶⁶⁶ Offenbar wegen Fehlens einer Nachgründungsvorschrift im SPE-VOE-K gegen unionsrechtlichen Umgehungsschutz *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 304.

¹⁶⁶⁷ Ähnlich *Jung*, Kapitalverfassung, S. 312 ff., 314 f.

¹⁶⁶⁸ Dazu *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 88 et seq.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 13; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 310 f.; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 251, 256.

¹⁶⁶⁹ Ebenso für System der realen Kapitalaufbringung auf Basis des SPE-VOE-SE auch *Hommelhoff/Teichmann*, GmbH 2010, 337, 339; *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 135, 152, 159; ähnlich *Helms*, in: FS Hommelhoff, S. 369, 376; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 46 ff.; zum vorhergehenden Regime vgl. SPE-VOE-K Begründung (S. 8), Art. 19 Abs. 3 SPE-VOE-K; *Jung*, DStR 2009, 1700, 1702 ff.

¹⁶⁷⁰ Ähnlich *Jung*, Kapitalverfassung, S. 312 ff., 314 f.

¹⁶⁷¹ Vgl. unter vorstehend A.

¹⁶⁷² Vgl. unter vorstehend I.

transnationale Konzerne ist.¹⁶⁷³ Wenn aber Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU jegliche anderen Leistungen als das satzungsmäßig Vereinbarte streng verbietet, hindert dies die üblichen Konzernfinanzierungsmaßnahmen. Um größtmögliche Rechtssicherheit zu erlangen, müssten die Unternehmen das Stammkapital möglichst niedrig ansetzen und auf einem gesonderten Sperrkonto einzahlen.¹⁶⁷⁴ Indem solche rechtlichen Anforderungen der Praktikabilität in der Konzernpraxis entgegenstehen, wird die SPE für Konzerne unattraktiv. Das wiederum steht dem gewünschten *effet utile* der SPE-VO entgegen.

Bleibt man also bei dem gefundenen Auslegungsergebnis, muss das strenge Befreiungsverbot in angemessener Ausbalancierung der beteiligten Interessen gelockert werden. Hierfür europäisch-autonome Maßstäbe zu finden, ist eine große Herausforderung.¹⁶⁷⁵ Freilich sprechen diese Schwierigkeiten als solche nicht dagegen, dass es einen unionsrechtlichen Umgehungsschutz gibt.

(I) Zwischenfazit

Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU spricht also dafür, dass der Ordnungsgeber auf Unionsrechtsebene abschließend regelt, wann das gesetz- und satzungsmäßig geforderte Stammkapital wirksam aufgebracht ist und wie Verstöße sanktioniert werden. Allerdings bedarf es einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU um abschließend zu entscheiden, welche Intention und welches Konzept der Unionsgesetzgeber tatsächlich verfolgt.¹⁶⁷⁶

(iv) Streichung des Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K

Aufschluss könnte in historischer Auslegung des SPE-VOE-HU die Streichung von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K geben. Nach Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K fiel „*unbeschadet der Absätze 1 und 2 [...] die Verpflichtung¹⁶⁷⁷ der Anteilseigner für das gezahlte Entgelt bzw. die geleistete Sacheinlage unter das anwendbare innerstaatliche Recht*“. Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K ist vielfach als Hinweis darauf verstanden worden, dass im Anschluss an eine zumindest aus rechtlicher und gegebenenfalls auch tatsächlicher Sicht nicht erfolgte Einlageleistung nationales Recht gelten soll.¹⁶⁷⁸ Einige legten Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K unter Hinweis auf die liberale angelsächsische Färbung des SPE-VOE-K eng aus und bezogen die Vorschrift allein oder insbesondere auf eine Differenzhaftung der Gesellschafter.¹⁶⁷⁹ Andere hatten ein weitergehendes Verständnis von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K und wollten auch den für

¹⁶⁷³ Vgl. Kapitel 2 B. und H.

¹⁶⁷⁴ So auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 304 f.

¹⁶⁷⁵ Ähnlich für die SUP *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215.

¹⁶⁷⁶ Vgl. auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 316 f.

¹⁶⁷⁷ Wohl eher gemeint: Haftung.

¹⁶⁷⁸ So allgemein *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574, 1576; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 114 ff.; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 151; dies erwägend auch *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2182 (mit Fn. 64); *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 97 f., 102 f. (mit Fn. 403); *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 84; *Klorusová*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 189, 205; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 160 f.; wohl auch *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 315 f., 317, 319; offenlassend *Culmann*, SPE in der Krise, S. 37 f.; wohl einschränkend *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 899 – These 24; vgl. auch Stellungnahme des *Bundesrates* zum SPE-VOE-K, BR-DrS. 479/08 (Beschluss) vom 10. Oktober 2008, S. 18; a. A. *Krejci*, in: FS Hüffer, S. 501, 511, 520.

¹⁶⁷⁹ So *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 147; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 115 f., 121 f.; *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 97 f., 102 f.; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 61 ff.; im Ergebnis ggf. ebenso *Parlamentsbericht 2009*, Begründung zu Änderungsvorschlag 34 (S. 25 f.); *Hennrichs*, NZG 2009, 921, 925; vgl. auch *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 905; *Hommelhoff*, ZHR 173 (2009), 255, 265; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 117 f.

die Kapitalaufbringung bestehenden nationalen Umgehungsschutz zur Anwendung bringen.¹⁶⁸⁰

Gleich was der Unionsgesetzgeber mit Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K im Detail tatsächlich bezweckte – in einer Gesamtschau der Entwurfshistorie ist die Streichung eines Spezialverweises sehr ungewöhnlich. Wenn der Verordnungsgeber einen schlanken und damit unauffälligen Spezialverweis zunächst neben dem Generalverweis als notwendig ansieht und dann aber streicht, hat das nicht bloß klarstellenden Charakter.¹⁶⁸¹ Vielmehr deutet die Entfernung von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K auf den Willen des Verordnungsgebers hin, die Kapitalaufbringung einschließlich etwaiger Sanktionen vollständig auf die unionsrechtliche Ebene zu ziehen. Das würde das obige Ergebnis stützen, das in Auslegung von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU gefunden wurde.¹⁶⁸² Eindeutig ist dies aber nicht.¹⁶⁸³

(v) Ausschüttungsregelungen

Möglicherweise möchte der Verordnungsgeber Fehler bei der Kapitalaufbringung dadurch auf unionsrechtlicher Ebene sanktionieren, dass er sie unter das Ausschüttungsregime in Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU fallen lässt. Dann würden diese Vorschriften nicht lediglich das Kapitalaufbringungsregime abrundend ergänzen, sondern allgemeine Tatbestände zum Schutz des Stammkapitals darstellen.¹⁶⁸⁴ Die Haftungsnorm des Art. 22 SPE-VOE-HU¹⁶⁸⁵ würde den Schutz des Stammkapitals abschließend auf unionsrechtlicher Ebene regeln.¹⁶⁸⁶

Orientieren sich Ausschüttungen der SPE gemäß Art. 21 SPE-VOE-HU an einem Bilanztest, bilden laut Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU der „*Betrag des Stammkapitals*“ sowie der „*noch nicht eingezahlte Teil des Stammkapitals*“ Rechengrößen bei der Ermittlung des zulässigen Ausschüttungsbetrages.¹⁶⁸⁷ Die Frage nach der *Einzahlung*, also der Aufbringung des Stammkapitals ist also eine notwendige Vorfrage für die Bemessung des Ausschüttungsbetrages. Das spricht dafür, dass der Unionsgesetzgeber die Kapitalaufbringung von der Kapitalerhaltung trennt. Diese Trennung kann freilich auch dann ohne weiteres vollzogen werden, wenn man die Frage der *Einzahlung* schlicht darauf bezieht, ob die SPE irgendwann einen entsprechenden Betrag erhalten hat. Das liefe allerdings auf einen lediglich betragsmäßigen Kapitalschutz hinaus. Es würde nicht abgesichert, dass die SPE gegenständlich und wertmäßig tatsächlich dasjenige erhalten hat, das als *Einlage* in der Satzung vereinbart und im Zuge des Eintragsverfahrens geprüft und veröffentlicht wurde.¹⁶⁸⁸ Bei Ausschüttungen würde ein buchhalterischer

¹⁶⁸⁰ So *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 147 f. (mit Fn. 27), 149 (mit Fn. 39); im Ergebnis auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 251, 256; unklar *Meller*, Gläubigerschutz, S. 98 ff. (mit Fn. 344), 122 f.

¹⁶⁸¹ A. A. wohl *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 84.

¹⁶⁸² Vgl. unter vorstehend (iii).

¹⁶⁸³ So auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 160 f.

¹⁶⁸⁴ So wohl a. A. *Krejci*, in: FS Hüffer, S. 501, 513 f., 519; *ders.*, SPE, Rn. 308 f., Rn. 378 ff., Rn. 408 ff.; ähnlich *Jung*, DStR 2009, 1700, 1701 f. mit Fn. 24, 1707 f.; *dies.*, SPE, S. 73 ff.; *dies.*, EWS 2012, 25, 28; *dies.*, Kapitalverfassung, S. 312 ff., 314 f.; ähnlich *Meller*, Gläubigerschutz, S. 212; zum SUP-RLE-K *Drygala*, EuZW 2014, 491, 494.

¹⁶⁸⁵ Vgl. ausführlich unter nachstehend C. II. 1. a) (2).

¹⁶⁸⁶ So *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 573; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 209; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 148; wohl auch *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2182 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 907 f.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 39; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 87 ff.; *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610, 1612 f.; a. A. wohl *Jung*, DStR 2009, 1700, 1701 f., 1705 ff.; *dies.*, SPE, S. 73 f.; ggf. auch *Greulich*, Der Konzern 2009, 229, 233 f.; zu Art. 16 Kapitalrichtlinie a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 93 f.

¹⁶⁸⁷ Vgl. ausführlich unter nachstehend C. II. 1. a) (1) (e).

¹⁶⁸⁸ Vgl. unter vorstehend (1).

Sockelbetrag geschützt, den es tatsächlich eventuell gar nicht gibt. Das Stammkapitalerfordernis würde zu einer bloßen Rechengröße in Gestalt der Stammkapitalziffer verkommen. Dazu passt aber nicht, dass der Verordnungsgeber mit sehr ausdifferenzierten Regelungen aufwändig zwischen Bar- und Sacheinlagen unterscheidet und Sacheinlagen besonders strengen Werthaltigkeits-, Prüfungs- und Publizitätspflichten unterwirft.¹⁶⁸⁹ Wie ein Vergleich der SPE-VO-Entwürfe seit dem SPE-VOE-K¹⁶⁹⁰ zeigt, haben die Mitgliedstaaten über diese Regelungen sehr intensiv verhandelt und das Kapitalaufbringungsregime immer weiter verschärft. Käme es auf Basis des SPE-VOE-HU nicht darauf an, dass gegenständlich und wertmäßig das Vereinbarte, Geprüfte und Veröffentlichte tatsächlich aufgebracht werden muss, wären die aufwändig verhandelten und formulierten Kapitalaufbringungsregelungen obsolet. Die Regelungen zum Kapitalschutz der SPE würden sich nicht gegenseitig ergänzen und abrunden, sondern widersprechen. Es kann nicht angenommen werden, dass der Unionsgesetzgeber das wollte. Sofern Ausschüttungen der SPE gemäß Art. 21 SPE-VOE-HU auf Grundlage eines Bilanztests erfolgen, behandeln die Verordnungsregelungen also nicht die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Stammkapital der SPE wirksam aufgebracht wurde. Vielmehr setzen sie die wirksame Kapitalaufbringung als notwendig voraus. Gleichzeitig gehen sie davon aus, dass eine wirksame Kapitalaufbringung nicht lediglich darin besteht, dass die SPE einen entsprechenden Betrag erhalten hat.

Erfolgen Ausschüttungen der SPE dagegen auf Basis des Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU i. V. m. einem mitgliedstaatlichen SPE-Ausführungsgesetz auf Grundlage eines Solvenzttests, spielen Fragen der Stammkapitalziffer und der *Einzahlung* der Einlagen keine Rolle.¹⁶⁹¹ Vielmehr hängt die Zulässigkeit der Ausschüttung nach angelsächsischem Vorbild lediglich davon ab, ob die SPE über eine genügende Liquidität verfügt. Gleichwohl ist auch in diesem Fall nicht anzunehmen, dass es dem Verordnungsgeber egal ist, ob seine mühsam ausgehandelten Kapitalaufbringungsvorschriften auch wirklich erfüllt werden oder nicht. Denn andernfalls würde er zumindest billigend in Kauf nehmen, dass die Gläubiger und etwaigen Minderheitsgesellschafter entweder über die Kapitalausstattung der SPE getäuscht werden oder kein Vertrauen in die Kapitalausstattung der SPE haben. Allerdings hat der Unionsgesetzgeber dem Gläubiger- und Minderheitenschutz generell einen hohen Stellenwert zuerkannt und bei der Verhandlung des Verordnungstextes insbesondere auch den Kapitalaufbringungsvorschriften eine hohe Priorität eingeräumt. Auch bei Geltung eines Solvenztesterfordernisses ist also nicht davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung über die Ausschüttungsvorschriften absichern möchte. Vielmehr zeigt sich, dass die Kapitalaufbringungsvorschriften und ein Solvenzttestsystem nur schwer zusammenpassen.

Folglich regeln die Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU die Kapitalaufbringung der SPE nicht. Sie behandeln nicht, wann das Kapital als wirksam aufgebracht anzusehen ist, und wie Fehler bei der Kapitalaufbringung zu sanktionieren sind.¹⁶⁹² Daher kommt auch nicht in Betracht anzunehmen, dass rechtswidrige Ausschüttungen die unionsrechtlichen Einlageansprüche wieder aufleben lassen.¹⁶⁹³

¹⁶⁸⁹ Vgl. unter vorstehend (1).

¹⁶⁹⁰ Dazu *Teichmann*, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 88 et seq.; *Martens*, Managementstrukturen, S. 13; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 310 f.; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 251, 256.

¹⁶⁹¹ Vgl. ausführlich unter nachstehend C. II. 1. a) (1) (f).

¹⁶⁹² Vgl. auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 319 f., 399 f.

¹⁶⁹³ A. A. *Krejci*, in: FS Hüffer, S. 501, 513 f., 519; *ders.*, SPE, Rn. 308 f., Rn. 378 ff., Rn. 408 ff.; ähnlich *Jung*, DStR 2009, 1700, 1701 f. mit Fn. 24, 1707 f.; *dies.*, SPE, S. 73 ff.; *dies.*, EWS 2012, 25, 28; ähnlich *Meller*, Gläubigerschutz, S. 212.

(vi) Zwischenfazit: Abschließendes Unionsrecht

Im Bereich der Kapitalaufbringung sprechen die hohe Regeldichte und der große Detaillierungsgrad der Verordnungsregelungen mit lediglich punktuelltem Eingreifen nationalen Rechts sowie der *effet utile* der SPE-VO dafür, dass der Unionsgesetzgeber die Kapitalaufbringung bei der SPE *abschließend* auf unionsrechtlicher Ebene geregelt wissen möchte. Darauf deutet auch die Entfernung von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-K hin.

Wann das Kapital als wirksam aufgebracht anzusehen ist, und wie Fehler bei der Kapitalaufbringung zu sanktionieren sind, wird allerdings nicht durch die Ausschüttungsregelungen in Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU geregelt. Vielmehr setzen diese Regelungen die wirksame Kapitalaufbringung als notwendig voraus. Mit der Kapitalaufbringung befasst sich Art. 20 SPE-VOE-HU, wie sich aus dem Titel, dem Inhalt und der systematischen Stellung der Vorschrift ergibt. In Auslegung von Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU zur *Enthebung* von der vereinbarten Einlage ist jede Maßnahme verboten, in deren Folge die Gesellschaft nicht das erhält, was in der Satzung als Bar- oder Sacheinlage vereinbart ist. Hierin ist ein unionsrechtlicher Umgehungsschutz angelegt. Unter dieser Prämisse können die Regelungen zur *Einzahlung* der betreffenden Beträge nicht dahingehend verstanden werden, dass der Unionsgesetzgeber einen Umgehungsschutz bewusst oder versehentlich nicht geregelt hat. Vielmehr sind die Regelungen dahingehend zu verstehen, dass eine Einlagenleistung nicht stets für die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung ausreicht.

Geht man von diesem Auslegungsergebnis aus, darf nationales Recht nur zurückhaltend zur Anwendung kommen. In einer weitergehenden Auslegung des SPE-VOE-HU ist also erstens zu entscheiden, ob das bislang gefundene Auslegungsergebnis gestützt wird, und zweitens, ob und inwiefern nationales Recht im Bereich der Kapitalaufbringung bei der SPE eingreift.

(b) Nationalrechtliche Lösungen

(i) Anwendung über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU

(A) Angaben zu Stammkapital, Geschäftsanteilen und Einlagen

Zunächst kommt in Betracht, mitgliedstaatliches Recht wie z. B. § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU anzuwenden, wenn der Satzungsgeber von den Regelungsaufträgen in Art. 8 Abs. 1 litt. d, f, h und i, Anhang I Nrn. 4, 5 und 8 SPE-VOE-HU keinen Gebrauch gemacht hat. Dazu müsste allerdings der Regelungsbe- reich der Regelungsaufträge Raum dafür eröffnen, dass die Voraussetzungen und Folgen einer wirksamen Kapitalaufbringung geregelt werden. Die Regelungsaufträge betreffen die Höhe des Stammkapitals und der Geschäftsanteilnennbeträge, den Wert und die Fälligkeit der zu leistenden Einlagen sowie allgemein Kapitalerhöhungen. Abgesehen von dem ohnehin bereits sehr engen Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers¹⁶⁹⁴ ist aber nicht ersichtlich, wie diese Regelungsgegenstände die Voraussetzungen und Folgen einer wirksamen Kapitalaufbringung beinhalten können.

¹⁶⁹⁴ Vgl. unter vorstehend (1).

(B) Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen

Nationale Vorschriften könnten aber über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU zur Anwendung kommen, indem das im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung getätigte Geschäft als *Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen* qualifiziert wird und der Satzungsgeber von dem fakultativen Regelungsauftrag in VOE-HU-Anhang I Nr. 19¹⁶⁹⁵ keinen Gebrauch gemacht hat.

Eine systematisch-teleologische Auslegung des SPE-VOE-HU könnte dagegen sprechen, dass das Recht der Kapitalaufbringung in den Regelungsbereich von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 fällt. Zunächst würde es dem im SPE-VOE-HU angelegten Kapital- bzw. Gläubigerschutz widersprechen, wenn man annähme, der Satzungsgeber könne und dürfe ihn durch Satzungsregelung oder gar eine bewusste Satzungsücke schlicht aushebeln.¹⁶⁹⁶ Indem der SPE-VOE-HU keine konkreten Anhaltspunkte für privatautonome Schutzinstrumente enthält,¹⁶⁹⁷ die Kapitalaufbringung aber Schutzinstrumente erfordert, können im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung getätigte Geschäfte nicht in den Regelungsbereich von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 fallen. Außerdem hat der Unionsgesetzgeber den Regelungsauftrag und die inzwischen gestrichene Verordnungsregelung¹⁶⁹⁸ zu *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* sowohl in der SPE-VO als auch in VO-Anhang I in die Abschnitte zur *Organisation der SPE* verortet. Nachdem er im Zuge der Verschlankung der Regelungen den Rotstift angesetzt hatte, lässt die Stellung von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 das nicht mehr so deutlich erkennen. Trotzdem ist davon auszugehen, dass das Verständnis des Verordnungsgebers dasselbe geblieben ist. Es ist nicht anzunehmen, dass der Unionsgesetzgeber einen so zentralen, das Außenverhältnis betreffenden Punkt wie das Kapitalschutzsystem losgelöst von den übrigen diesbezüglichen Regelungen, mitten zwischen Normen vorwiegend zum Innenrecht der SPE aufgehoben wissen wollte.

Bei im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung getätigten Geschäften ist VOE-HU-Anhang I Nr. 19 also nicht anwendbar und greift nicht nach Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU nationales Recht ein.¹⁶⁹⁹

(ii) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU

Nationales Recht könnte außerdem über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU eingreifen. Gemäß Art. 45 SPE-VOE-HU müssen die Mitgliedstaaten „*Vorschriften für Sanktionen bei Verstößen gegen die Bestimmungen [der SPE-VO]*“ erlassen. Freilich sind hiermit Vorschriften in den nationalen SPE-Ausführungsgesetzen und nicht im nationalen GmbH-Recht wie z. B. § 19 Abs. 4 oder 5 GmbHG gemeint.

Gemessen am Wortlaut von Art. 45 SPE-VOE-HU kommt es aber in Betracht, dass der Sitzungssitzstaat in seinem SPE-Ausführungsgesetz die Rechtsfolgen einer mangelnden oder mangelhaften Kapitalaufbringung regelt. Dann aber müssten sich die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung zweifelsfrei aus dem Unionsrecht ergeben, was gerade nicht der Fall ist. Außerdem bezweckt Art. 45 SPE-VOE-HU lediglich, den uni-

¹⁶⁹⁵ Vgl. Kapitel 6 C. II. 3.

¹⁶⁹⁶ Dafür aber wohl Koutsogianni-Hanke, Verdeckte Sacheinlage, S. 299 f., 306; gegen Dispositivität Pläster, Treuepflicht, S. 98.

¹⁶⁹⁷ Vgl. Kapitel 6 D. II. 6.

¹⁶⁹⁸ Vgl. zuletzt Art. 33 SPE-VOE-CZ.

¹⁶⁹⁹ Dagegen wohl für Anwendung des § 19 Abs. 4 GmbHG Jung, Kapitalverfassung, S. 320, 399 f.; Koutsogianni-Hanke, Verdeckte Sacheinlage, S. 298 f., 306, vgl. aber auch S. 301, 304.

onsweit einheitlichen Bestimmungen der SPE-VO verfahrensrechtlich zur Wirksamkeit zu verhelfen.¹⁷⁰⁰ Der Verordnungsgeber erteilt den Mitgliedstaaten nicht den Auftrag, durch materiellrechtliche Bestimmungen die Einhaltung der Kapitalaufbringungsregelungen sicherzustellen und Umgehungen zu vermeiden.¹⁷⁰¹ Außerdem würde ein solcher Auftrag die angestrebte unionsweite Einheitlichkeit der SPE durchbrechen. Der Gläubigerschutz ist aber ein derart zentraler und sensibler Bereich, dass Zersplitterungen nicht nur die Effizienz im Konzern, sondern gerade auch die gläubigerseitige Wahrung und Durchsetzung von Interessen empfindlich stören würden. Mithin widerspräche ein solcher Auftrag dem *effet utile* der SPE-VO.¹⁷⁰² Folglich kann eine mangelnde oder mangelhafte Kapitalaufbringung nicht gemäß Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU durch nationales Recht sanktioniert werden.¹⁷⁰³

(iii) Anwendung über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU

(A) Financial Assistance

Nationales Kapitalaufbringungsrecht wie z. B. § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG könnte aber über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU zur Anwendung kommen, indem es zum Institut der *financial assistance* zu zählen ist. Nachdem VOE-K-Anhang I im Abschnitt „Kapital“ für die *financial assistance* noch einen Regelungsauftrag vorgesehen hatte, schlägt der Unionsgesetzgeber das Institut „*angesichts der Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen*“ seit dem SPE-VOE-CZ dem nationalen Recht zu.¹⁷⁰⁴

Der europäische Gesetzgeber hat das ursprünglich dem angelsächsischen Rechtskreis entstammende Institut der *financial assistance* mit Art. 23 Kapitalrichtlinie für „große“ Kapitalgesellschaften eingeführt.¹⁷⁰⁵ In England gilt es nach Inkrafttreten des CA 2006 tatsächlich nur noch für die *plc*.¹⁷⁰⁶ In Schweden existiert ohnehin nur die AB, wobei die Sonderregelungen zur *financial assistance* sowohl für die öffentliche als auch die geschlossene AB Anwendung finden.¹⁷⁰⁷ In den Niederlanden gelten die Regelungen sowohl für die „große“ N.V. als auch für die „kleine“ B.V. Deutschland hat die *financial assistance* infolge der Kapitalrichtlinie in § 71a AktG für die deutsche AG verankert.¹⁷⁰⁸ Unter deutschen Aktienrechtlern ist das Verhältnis von § 71a zu den Regelungen des Hin- und Herzählens in § 27 Abs. 4 AktG – also dem Pendant zu § 19 Abs. 5 GmbHG – nicht zuletzt infolge des ARUG nach wie vor umstritten.¹⁷⁰⁹

Fraglich ist aber, was der Unionsgesetzgeber unter einer *financial assistance* bei der SPE als geschlossener Kapi-

¹⁷⁰⁰ Vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

¹⁷⁰¹ Vgl. Erwägung 18 (S. 14), Art. 45 SPE-VOE-HU; ähnlich wie hier *Jung*, EuZW 2012, 129, 130.

¹⁷⁰² Dazu allgemein Kapitel 2 H.

¹⁷⁰³ Teilweise wohl a. A. *Jung*, Kapitalverfassung, S. 153.

¹⁷⁰⁴ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 100.

¹⁷⁰⁵ Vgl. *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 914, 928 f.; *Nodoushani*, NZG 2008, 291, 292; *Freitag*, AG 2007, 157 ff.;

Wand/Tillmann/Heckenthaler, AG 2009, 148, 158 f.

¹⁷⁰⁶ Vgl. secc. 677 et seq. CA 2006; *Hannigan*, Company Law, mn. 20-125 et seqq. (pp. 522 et seqq.); *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.8 (pp. 306 et seqq.); *Ringer/Otte*, in: Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht, § 4 Rn. 107 ff.

¹⁷⁰⁷ Vgl. *Skog*, AG 2006, 238, 241.

¹⁷⁰⁸ Vgl. *deKluiver/Rammeloo*, in: ZGR-Sonderheft 2006, 655, 675 ff.

¹⁷⁰⁹ Vgl. *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 914, 928 ff.; *Nodoushani*, NZG 2008, 291, 292; *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 158 ff.; *Lange*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 71a AktG Rn. 2; *Habersack*, AG 2009, 557, 561 ff.; *Schneider*, NZG 2007, 891 f.; *Bayer/Lieder*, NZG 2010, 86, 91 ff.; vgl. auch *Freitag*, AG 2007, 157 ff.

talgesellschaft versteht. Gemäß VOE-K-Anhang I liegt eine *financial assistance* insbesondere darin, dass die SPE Mittel vorstreckt, Darlehen vergibt oder Garantien schafft, wenn es um den Erwerb ihrer Anteile seitens eines Dritten geht. Hier sind die englisch- und französischsprachigen Fassungen deutlicher¹⁷¹⁰ als die deutschsprachige Übersetzung.¹⁷¹¹ Mit seiner Definition könnte der Verordnungsgeber den originären Anteilserwerb im Zuge von Gründungen und Kapitalerhöhungen oder den derivativen Anteilserwerb infolge von Anteilsübertragungen meinen. Was den originären Anteilserwerb anbelangt, haben die Mitgliedstaaten allerdings bis zum SPE-VOE-HU intensiv verhandelt und darum gerungen, ob und inwieweit das Kapitalschutzsystem der SPE sich eher am angelsächsischen oder kontinentaleuropäischen Vorbild orientieren soll. Die Mühen sollten dazu dienen, ein unionsweit einheitliches Kapitalschutzsystem zu schaffen und damit organisations- und schutzrechtliche Belange angemessen auszutarieren.¹⁷¹² Demgegenüber hat der Unionsgesetzgeber das Institut der *financial assistance* bereits ab dem SPE-VOE-CZ und damit in einem sehr frühen Verhandlungsstadium dem nationalen Recht anheimgestellt. Hätte er damit auch den originären Anteilserwerb gemeint, hätte er die Verordnungsregelungen nicht derart intensiv weiterverhandeln müssen. Das spricht dafür, dass mit der *financial assistance* lediglich ein derivativer Anteilserwerb Dritter gemeint ist. Hierfür spricht auch der Wortlaut des seinerzeitigen Regelungsauftrags,¹⁷¹³ der sich auf Geschäfte mit eigenen Anteilen der SPE bezieht. Von einem solchen Anteilserwerb könnten bestehende wie künftige Gesellschafter profitieren. Allerdings können bestehende Gesellschafter nicht als „Dritte“ bezeichnet werden. Der Wortlaut des Regelungsauftrags deutet also darauf hin, dass nur Geschäfte der SPE mit *künftigen* Gesellschaftern gemeint sind.¹⁷¹⁴ Geschäfte mit *bestehenden* Gesellschaftern möchte der Unionsgesetzgeber dagegen durch seine Kapitalschutzregelungen und den Regelungsauftrag zu *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* abdecken.¹⁷¹⁵

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass der Unionsgesetzgeber mit seinen Ausführungen zur *financial assistance* ausschließlich den derivativen Erwerb eigener Anteile der SPE durch künftige Gesellschafter meint.¹⁷¹⁶ Folglich zählt der Unionsgesetzgeber das Recht der Kapitalaufbringung nicht zum Institut der *financial assistance*. Nationales Kapitalaufbringungsrecht wie z. B. § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG kann also nicht mit einem Hinweis auf die Verordnungsbegründung zur *financial assistance* über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU zur Anwendung kommen.

(B) Auslegung des SPE-VOE-HU im Übrigen

Allerdings könnte nationales Recht aus anderen Erwägungen über die allgemeine Lückenfüllungsnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU eingreifen. Regelungen über Höhe und Aufbringung des Mindestkapitals gehören zum

¹⁷¹⁰ „its shares“ bzw. „ses actions“.

¹⁷¹¹ „von Anteilen“.

¹⁷¹² Vgl. allgemein Kapitel 2 B., C., H.

¹⁷¹³ „its shares“ bzw. „ses actions“, missglückt dagegen die deutsche Übersetzung mit „von Anteilen“.

¹⁷¹⁴ Ebenso Jung, Kapitalverfassung, S. 287 f.; a. A. Maschke, Gläubigerschutz, S. 157 ff., 165 ff.; ders., BB 2011, 1027, 1031 ff.; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 306 f. (mit Fn. 916, 919).

¹⁷¹⁵ Ähnlich wohl Salomon, Regelungsaufträge, S. 115 f.

¹⁷¹⁶ Ebenso Jung, Kapitalverfassung, S. 287 f.; im Ergebnis auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 306 f. (mit Fn. 916, 919).

Gesellschaftsstatut,¹⁷¹⁷ so dass der Regelungsbereich des SPE-VOE-HU und der Anwendungsbereich der Verweisungsnorm eröffnet sind.

Nationales Recht kommt über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU zur Anwendung, wenn und soweit der SPE-VOE-HU lückenhaft ist. Geht man von einer *abschließenden* Regelung der Kapitalaufbringung auf Unionsrechtsebene aus,¹⁷¹⁸ muss eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Geht man von einer nichtabschließenden Regelung der Kapitalaufbringung auf Unionsrechtsebene aus, kann auch eine bewusste Regelungslücke Grund für die Anwendung nationalen Rechts sein.¹⁷¹⁹ In beiden Fällen darf nationales Recht aber nur zurückhaltend angewendet werden.¹⁷²⁰ Jedenfalls verbietet es sich in europäisch-autonomer Auslegung des SPE-VOE-HU, unter Blick durch die jeweilige nationale „Brille“ nationale Rechtsinstitute und Regelungen unumwunden mit dem schlichten Argument anzuwenden, der SPE-VOE-HU enthalte keine entsprechende Regelung.¹⁷²¹

In Auslegung des SPE-VOE-HU können gute Argumente dafür gefunden werden, dass das Unionsrecht ein in sich kohärentes, *geschlossenes* System der realen Kapitalaufbringung mit Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU als Umgehungsschutznorm sowie einem unionsrechtlichen Differenzhaftungsanspruch enthält.¹⁷²² Vor diesem Hintergrund erscheint es fernliegend, eine Lücke im Unionsrecht anzunehmen. Läge eine Lücke vor, ließe sich allenfalls schwer erklären, welchen Inhalt und Zweck Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU überhaupt haben soll. Selbst wenn aber man eine Lücke annähme, könnte sie nur schwer als planwidrig angesehen werden. Denn aus Art. 16 Abs. 3, Art. 21 Abs. 1 S. 4 und Art. 23 Abs. 2 S. 3 SPE-VOE-HU geht hervor, dass der Verordnungsgeber den Fall einer bloß teilweisen Tilgung des Einlagenanspruchs bedacht hat. Außerdem zeigen die Art. 2 Abs. 1 lit. c, Art. 23 Abs. 6 SPE-VOE-HU, dass der Unionsgesetzgeber sich durchaus der Tatsache bewusst war, dass die Unternehmen unter Umständen nach Gestaltungen zur Umgehung getroffener Vorschriften suchen würden.¹⁷²³ Freilich wäre es widersprüchlich, wenn der Unionsgesetzgeber ein System der effektiven Kapitalaufbringung schafft, aber einen Umgehungsschutz bewusst ausklammert. Nähme man umgekehrt an, der SPE-VOE-HU enthalte kein Konzept der effektiven Kapitalaufbringung, ist fraglich, warum der Unionsgesetzgeber sich überhaupt die Mühe gemacht hat, derart intensiv über detaillierte Kapitalaufbringungsregelungen zu verhandeln.

Geht man dagegen von einer *nichtabschließenden* Regelung und einer bewussten Lücke auf Unionsrechtsebene aus, wäre das Ergebnis weder aus organisations- noch aus schutzrechtlicher Sicht wünschenswert. Aufgrund der Rechtszersplitterungen in einem so neuralgischen Punkt wie der Kapitalaufbringung wäre die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern empfindlich gemindert. Eine schutzrechtlich motivierte Argumentation trüge eine gewisse Scheinheiligkeit in sich: Freilich würde möglicherweise ein hoher Schutzstandard erreicht, wenn die Gesellschaft in Deutschland domiziliert und man daraufhin die Regelungen zur Differenzhaftung,¹⁷²⁴ zur verdeckten

¹⁷¹⁷ Für Auslandsgesellschaften Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 33.

¹⁷¹⁸ Vgl. unter vorstehend (a) (iv) sowie Kapitel 4 C. II. 3. a).

¹⁷¹⁹ Vgl. Kapitel 4 C. I., II. 3. b).

¹⁷²⁰ Vgl. Kapitel 4 C. I., II.

¹⁷²¹ So auch Teichmann, in: ECFR-Special 2013, pp. 71, 88 et seq.

¹⁷²² Vgl. unter vorstehend (a).

¹⁷²³ So auch Jung, Kapitalverfassung, S. 312 ff., 314 f.

¹⁷²⁴ So Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 161, 260, 266 f.; ders., NZG 2010, 527, 530; Koutsogianni-Hanke, Verdeckte Sacheinlage, S. 296; a. A. wohl Pfennig, Gläubigerschutz, S. 145; ggf. auch Maschke, BB 2011, 1027, 1029.

Sacheinlage,¹⁷²⁵ zum Hin- und Herzahlen¹⁷²⁶ sowie zur Haftung für Falschangaben¹⁷²⁷ für anwendbar hält. Das Nachsehen hätten aber in jedem Fall die Gläubiger einer SPE mit Sitz in einem solchen Mitgliedstaat, dessen Recht – wie z. B. das englische Recht – gar keine entsprechenden Vorschriften vorhält. Eine Lösung über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU würde dazu einladen, die SPE in einem Staat mit einem möglichst geringen Kapitalaufbringungsschutz zu beheimaten. Der Verordnungsgeber möchte ein solches missbräuchliches *forum shopping* aber prinzipiell vermeiden.¹⁷²⁸ Aus diesem Grund kann der Verordnungsgeber im Hinblick auf die Kapitalaufbringung nicht an einer Anwendung des allgemeinen nationalen GmbH-Rechts interessiert sein. Vielmehr zeigt der Verhandlungs- und Regelungsaufwand, den der Verordnungsgeber in das Kapitalaufbringungsregime der SPE gesteckt hat, dass er unionsweit einheitliche Regelungen erreichen möchte. Folglich ergibt die Auslegung des SPE-VOE-HU, dass jener im Zusammenhang mit einem Umgehungsschutz und einer Differenzhaftung keine Lücke enthält, die durch nationales Recht zu schließen wäre.¹⁷²⁹

Alternativ könnte man nationales Recht mit dem Argument anzuwenden versuchen, dass die unionsrechtlichen Kapitalaufbringungsvorschriften andernfalls praktisch leerlaufen.¹⁷³⁰ Allerdings läuft das Unionsrecht gerade nicht praktisch leer, wenn man Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU als Umgehungsschutznorm versteht und auch von einem unionsrechtlichen Differenzhaftungsanspruch ausgeht. Außerdem kommt in Betracht, nationales Recht mit dem Argument anzuwenden, man müsse bewußte Umgehungen des Unionsrechts abwehren.¹⁷³¹ Freilich geht es bei der Absicherung der Kapitalaufbringung darum, bewusste Umgehungen zu verhindern. Allerdings kann nationales Recht nur dann als Umgehungsschutz gelten, wenn auf Unionsrechtsebene kein oder kein ausreichender Umgehungsschutz vorhanden ist. Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU stellt aber einen Umgehungsschutz dar und muss außerdem eher als zu scharf als zu schwach angesehen werden.

Schließlich könnte man noch überlegen, dass nationales Recht das Unionsrecht modifiziert. Das Recht der Mitgliedstaaten darf das Unionsrecht ausnahmsweise dort *verschärfen*, wo der Verordnungsgeber dies ausdrücklich zulässt.¹⁷³² Der Unionsgesetzgeber erlaubt den Mitgliedstaaten lediglich, die Mindeststammkapitalziffer anzuhähen und lässt im Übrigen keine Verschärfungen des Unionsrechts zu.¹⁷³³ Auch die Regelungsaufträge geben keine Anhaltspunkte dafür, dass der Satzungsgeber bzw. bei Nichtregelung das nationale Recht das Unionsrecht verschärfen darf.¹⁷³⁴ Mithin scheidet eine Anwendung des allgemeinen nationalen GmbH-Rechts unter diesem Gesichtspunkt aus.¹⁷³⁵ Sofern man verdeckte Sacheinlagen als unionsrechtlich verboten ansähe, würde also eine

¹⁷²⁵ So *Culmann*, SPE in der Krise, S. 39; *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 161, 260, 266 f.; *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 97 f.; vgl. aber auch *Jung*, EuZG 2012, 129, 131.

¹⁷²⁶ So *Culmann*, SPE in der Krise, S. 39; *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 161, 260, 266 f.; *ders.*, NZG 2010, 527, 530.

¹⁷²⁷ So *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 161, 260, 266 f.

¹⁷²⁸ Vgl. SPE-VOE-HU, I. Einleitung Nr. 6 (S. 2), II. Wichtigste noch offene Fragen (S. 3), III. Kompromisspaket des Vorsitzes (S. 4, 5); zum Ziel eines effektiven Gläubigerschutzes vgl. z. B. SPE-VOE-HU Erwägungen 3 (S. 7), 7a (S. 9), 11 und 12 (S. 11), 15 (S. 12).

¹⁷²⁹ Vgl. Kapitel 4 C.; so auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 311, 312 ff., 314 f.; unklar *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 215.

¹⁷³⁰ Vgl. ausführlich Kapitel 4 C. II. 3.

¹⁷³¹ Vgl. ausführlich Kapitel 4 C. II. 3.

¹⁷³² Vgl. ausführlich Kapitel 4 C. II. 3.

¹⁷³³ Vgl. unter vorstehend (1).

¹⁷³⁴ Vgl. unter vorstehend (i).

¹⁷³⁵ Ebenso unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 33; a. A. *Altmeyden/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 353.

Anwendung deutschen Rechts ausscheiden, weil es auch nach der MoMiG-Reform noch immer als strenger als der unionsrechtliche Standard angesehen werden muss.¹⁷³⁶ Sieht man ein Hin- und Herzahlen als unionsrechtlich verboten an, würde eine Anwendung des deutschen Rechts ausscheiden,¹⁷³⁷ weil der durch ihn seit dem MoMiG vermittelte Kapitalschutz hinter dem unionsrechtlichen Schutzstandard zurückfällt.¹⁷³⁸ Unter dieser Prämisse respektiert der Unionsgesetzgeber auch keine verordnungskonforme Auslegung von § 19 Abs. 5 GmbHG dergestalt, dass der über der unionsrechtlichen Mindeststammkapitalziffer liegende Betrag von den Privilegien des erlaubten Hin- und Herzählens profitieren kann.¹⁷³⁹

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, wie nationales Recht über die allgemeine Lückenfüllungsnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU eingreifen könnte.¹⁷⁴⁰ Damit scheidet im deutschen SPE-Konzern z. B. ein Rückgriff auf § 9 oder § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG aus.¹⁷⁴¹

(iv) Abdeckung über das Insolvenzrecht?

Schließlich kommt noch in Betracht, dass es dem Verordnungsgeber lediglich darauf ankommt, dass das Stammkapital der SPE spätestens im Insolvenzfall ordnungsgemäß aufgebracht wird. Dann würden die Instrumente zur Absicherung einer ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung von der gesellschaftsrechtlichen Ebene des SPE-VOE-HU zeitlich und methodisch auf die dort nicht regelte insolvenzrechtliche Ebene verlagert. Ein solcher nachgelagerter Gläubigerschutz würde allerdings bloß ein stumpfes Schwert bei der Absicherung der Kapitalaufbringung darstellen. Angesichts der intensiv verhandelten und sehr ausdifferenzieren Kapitalaufbringungsregelungen im SPE-VOE-HU ist nicht davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber dies bezweckt. Außerdem unterliegt das Insolvenzrecht der SPE bis zur Schaffung eines materiellen europäischen Insolvenzrechts dem disparaten Recht derjenigen Mitgliedstaaten, in denen das *COMI* bzw. der Verwaltungssitz der betreffenden SPEs angesiedelt

¹⁷³⁶ Auf Grundlage wohl des SPE-VOE-K a. A. *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 257 f., 303, vgl. aber S. 296, 307; für die AG und die Kapitalrichtlinie *ARUG-Beschlussempfehlung*, S. 36; *Krolop*, in: Riesenhuber/Europäische Methodenlehre, § 19 Rn. 45, 58; *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 27 Rn. 24; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europ. Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20, Rn. 72; *Habersack*, AG 2009, 557, 560; *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 914, 919 ff., 934; *Polley*, in: Heidel/Aktienrecht, § 27 AktG Rn. 40; ähnlich in Bezug auf die SE *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage, S. 282, vgl. aber S. 307; offenlassend *Klinke*, in: Heidel/Aktienrecht, Kap. G. III. Rn. 342 f.

¹⁷³⁷ Ebenso bzgl. § 66 Abs. 1 AktG, allerdings ohne Erwähnung von Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F., *Habersack*, AG 2009, 557, 560.

¹⁷³⁸ Ebenso im Hinblick auf § 27 Abs. 4 AktG und Art. 9 Abs. 1 Kapitalrichtlinie *Koch*, in: Hüffer/AktG, § 27 Rn. 39; *Habersack*, AG 2009, 557, 560 ff.; *Polley*, in: Heidel/Aktienrecht, § 27 AktG Rn. 75; dahin tendierend *Herrler*, NZG 2010, 407, 410; offenlassend noch *ders./Reymann*, DNotZ 2009, 914, 927, 935; im Hinblick auf Art. 25 Kapitalrichtlinie *EuGH*, Urteil v. 30. Mai 1991, Rs. C-19/90 und C-20/90, Slg. 1991, S. I-2691 – *Karella und Karellas*; *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 27 f.; a. A. im Hinblick auf § 27 Abs. 4 AktG und Art. 9 Abs. 1 Kapitalrichtlinie *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europ. Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20, Rn. 74; *Polley*, in: Heidel/Aktienrecht, § 27 AktG Rn. 75.

¹⁷³⁹ A. A. zu § 27 Abs. 4 AktG und der Kapitalrichtlinie *Habersack*, AG 2009, 557, 560 ff.; liberaler *Polley*, in: Heidel/Aktienrecht, § 27 AktG Rn. 75.

¹⁷⁴⁰ Im Ergebnis a. A. auf Basis des SPE-VOE-HU *Hommelhoff*, in: *ders./Schubel/Teichmann/SPE*, S. 23, 30; *Oplustil*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 63, 74; auf Basis des SPE-VOE-SE *Freudenberg*, NZG 2010, 527, 530 (mit Fn. 53); *ders.*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 260 ff., 266 f.; wohl auch *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 141, 144 f.; auf Basis des SPE-VOE-CZ *Culmann*, SPE; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 114 f.; wohl auch *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 97 f., 102 f.; auf Basis des SPE-VOE-K *Klorusová*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 189, 205; auf Basis des SPE-VOE-SE offenlassend *Kalss*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 133, 147, vgl. aber auch S. 157 f.

¹⁷⁴¹ Ebenso bzgl. § 66 Abs. 1 AktG, allerdings ohne Erwähnung von Art. 12 Kapitalrichtlinie a. F., *Habersack*, AG 2009, 557, 560.

ist.¹⁷⁴² Das würde dem Willen des Ordnungsgebers zur Schaffung einer möglichst einheitlichen Rechtsform zuwiderlaufen.¹⁷⁴³ Hätte er dies gewollt, hätte er das Kapitalaufbringungsregime der SPE nicht derart mühsam verhandeln müssen. Folglich soll die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung auch nicht nachgelagert auf insolvenzrechtlicher Ebene sichergestellt werden.

(v) Zwischenfazit: Keine Anwendung nationalen Rechts

Wie die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, kommt nationales Recht nicht über Art. 4 Abs. 3 oder Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU zur Anwendung. Es gilt auch nicht über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU mit dem Argument, der Unionsgesetzgeber unterstelle die *financial assistance* dem nationalen Recht. Aber auch aus anderen Gründen kann nationales Recht wie z. B. auf § 9 oder § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU keine Geltung beanspruchen. Ebenso wenig möchte der Unionsgesetzgeber Probleme bei der Kapitalaufbringung über die nationalen Insolvenzrechte abdecken.

(4) Zwischenfazit: Unausgegrenztes Konzept einer realen Kapitalaufbringung

Mit seinen Regelungen zu Stammkapital und Einlagen im SPE-VOE-HU verfolgt der Ordnungsgeber ein Konzept der realen Kapitalaufbringung. Damit steht der Entwurf ebenso wie bereits die Kapitalrichtlinie in der kontinentaleuropäischen Tradition eines vorgelagerten Gläubigerschutzes.¹⁷⁴⁴ Indem der Ordnungsgeber den Kapitalschutz *abschließend* auf unionsrechtlicher Ebene regelt, unterliegen SPEs unionsweit einheitlichen Regelungen.¹⁷⁴⁵ Nationales Recht greift nur dann und insofern ein, wie die Mitgliedstaaten von ihrem Recht zur Heraussetzung der Mindeststammkapitalziffer Gebrauch machen.

Sollte eine Leistung wie zum Beispiel eine überbewertete Sacheinlage den Einlageanspruch nur teilweise erfüllt haben, ergibt sich aus dem fortbestehenden Einlageversprechen ein unionsrechtlicher Differenzhaftungsanspruch. Das Befreiungsverbot in Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU stellt einen unionsrechtlichen Umgehungsschutz dar. Bei Verstößen gegen das Befreiungsverbot ist das Stammkapital nicht als wirksam *eingezahlt* anzusehen. Der Einlageanspruch der SPE besteht fort bzw. lebt wieder auf. In Bezug auf das Geleistete ergeben sich Bereicherungsansprüche über die Grundsätze des internationalen Privatrechts.

Mit seinem weiten Verständnis des Enthebungsbegriffs legt Art. 20 Abs. 3 SPE-VOE-HU erschwert bzw. verhindert der Unionsgesetzgeber übliche Konzernfinanzierungsmaßnahmen. Ohne Anhaltspunkte in der SPE-VO gibt es keine europäisch-autonomen Maßstäbe, nach denen das Befreiungsverbot angemessen eingeschränkt werden könnte. Folglich sind die Konzerntauglichkeit der SPE und der *effet utile* der SPE-VO gefährdet. Es ergibt sich ein Dilemma: Das Unionsrecht mindert den *effet utile*, aber das Eingreifen nationalen Rechts würde den *effet utile* noch stärker mindern. Das zeigt, dass der Unionsgesetzgeber mit seinen Bemühungen um ein unionsrechtliches Kapitalaufbringungsregime sein Ziel einer unionsweit möglichst einheitlichen Rechtsform zwar lobenswerterweise erreicht, das Unionsrecht aber gleichsam auf halber Strecke steckengeblieben ist. Zwar mag ein strenges Kapitalaufbringungsregime bei einem niedrigen Stammkapital von nur einem Euro praktisch handhab-

¹⁷⁴² Vgl. Art. 41 Abs. 2 und Erwägung 6 (S. 8) SPE-VOE-HU; Kapitel 2 G. I., Kapitel 4 A. I. 1. d).

¹⁷⁴³ Vgl. Kapitel 2 H.

¹⁷⁴⁴ Vgl. unter vorstehend (1), (2), (3).

¹⁷⁴⁵ Vgl. auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 137.

bar sein. Um jedoch ein in sich stimmiges System zu finden und die SPE auch bei mitgliedstaatlichen Mindeststammkapitalia von EUR 8.000 konzerntauglich zu halten, sollte der SPE-VOE-HU nachgebessert werden.

b) SPE-Konzern als Vertragskonzern deutschen Rechts

Fraglich ist, ob und inwieweit sich bei der Kapitalaufbringung im SPE-Konzern Änderungen ergeben, wenn die Gesellschaften anstelle eines faktischen SPE-Konzerns einen SPE-Vertragskonzern deutschen Rechts bilden.

Hierbei ist zu bedenken, dass das nationale Konzernrecht das SPE-Unionsrecht grundsätzlich nicht überlagert, aber Ausnahmen für nationales Vertragskonzernrecht gelten.¹⁷⁴⁶ Allerdings hat ein Unternehmensvertrag im deutschen GmbH-Recht auch nach dem MoMiG keinen Einfluss auf das geltende Kapitalaufbringungsregime. Es wird zwar diskutiert, das bei der Kapitalerhaltung geltende Konzernprivileg aus § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG auf den Vertragskonzern zu übertragen. Bislang hat sich das aber soweit ersichtlich weder im Schrifttum, noch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchgesetzt.¹⁷⁴⁷ Demnach hätte ein Beherrschungsvertrag selbst dann keinen Effekt auf die Kapitalaufbringung im SPE-Konzern, wenn man ihm die prinzipielle Fähigkeit zuspräche, das Unionsrecht zu überlagern bzw. zu modifizieren.

Es könnte aber überlegt werden, ob der Unternehmensvertrag in der Lage ist, das deutsche Kapitalaufbringungsregime und damit auch den deutschen Umgehungsschutz in das SPE-Statut einzuschleusen. Indem allerdings der deutsche Umgehungsschutz mangels Regelungslücke im Unionsrecht keine Anwendung auf den faktischen SPE-Konzern finden kann, ist methodisch nicht ersichtlich, wie er im SPE-Vertragskonzern gelten könnte. Wesentliches Merkmal des Vertragskonzerns ist die Möglichkeit, privatautonom für die Geltung eines Konzernsonderrechts zu optieren. Allerdings verfügt der Satzungsgeber im Bereich der Kapitalaufbringung über einen nur geringen Spielraum und kann über schutzrechtliche Aspekte nicht disponieren.¹⁷⁴⁸ Wenn aber Fragen des Umgehungsschutzes weder im deutschen Vertragskonzernrecht noch im SPE-Unionsrecht der privatautonomen Regulationsentscheidung des Satzungsgebers unterliegen, ist methodisch nicht ersichtlich, wie der deutsche Umgehungsschutz durch den Abschluss eines Unternehmensvertrages auf den SPE-Konzern Anwendung finden könnten. Es bleibt also festzuhalten, dass sich bei der Kapitalaufbringung im SPE-Konzern keine Änderungen ergeben, wenn die Gesellschaften anstelle eines faktischen SPE-Konzerns einen SPE-Vertragskonzern deutschen Rechts bilden.

c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

In Auslegung des SPE-VOE-HU können die Gesellschafter kraft Satzungsunionsrecht Weisungsrechte vereinbaren, die Tochter-SPE aber nicht auf ein Konzerninteresse ausrichten.¹⁷⁴⁹ Selbst wenn ein unionsrechtliches Weisungsrecht besteht und insoweit nationales Recht gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU sperrt, ist nicht ersichtlich, wie sich das auf das Kapitalaufbringungsregime im deutschen SPE-Konzern auswirken könnte.

Der SPE-VOE-HU bietet dem Satzungsgeber keine Handhabe, um das Kapitalaufbringungsrecht zu konkretisieren

¹⁷⁴⁶ Vgl. ausführlich Kapitel 7 B. I. 3.

¹⁷⁴⁷ Zur GmbH *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, Systemat. Darstellung Konzernrecht Rn. 144b; *Wicke*, GmbHG, § 19 Rn. 34a; demgegenüber wohl skeptisch *Ziemons*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 19 Rn. 238.

¹⁷⁴⁸ Vgl. unter vorstehend a) (1), (2) (b) (i).

¹⁷⁴⁹ Vgl. Kapitel 5 C. V. und Kapitel 6 D. V.

oder gar abzuschwächen. Dazu ist das unionsrechtliche Korsett zu eng geschnürt.¹⁷⁵⁰ Der SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht kann also die bei der Kapitalaufbringung bestehenden Hemmnisse für eine effiziente Konzernfinanzierung nicht überwinden. Es bestehen ebenso wie im faktischen und Vertragskonzern die geringe Flexibilität und große Rechtsunsicherheit fort, die sich aus dem strengen und noch unausgegorenen unionsrechtlichen Kapitalaufbringungsregime ergeben.

d) Zwischenfazit: Kapitalaufbringung im nationalen SPE-Konzern

Mit seinen Regelungen zu Stammkapital und Einlagen im SPE-VOE-HU verfolgt der Verordnungsgeber ein *abschließendes* Konzept der realen Kapitalaufbringung. Ein unionsrechtlicher Differenzhaftungsanspruch existiert ebenso wie ein unionsrechtlicher Umgehungsschutz. Das strenge Unionsrecht erschwert bzw. verhindert allerdings übliche Konzernfinanzierungsmaßnahmen. Um ein in sich stimmiges System zu finden und die SPE auch bei mitgliedstaatlichen Mindeststammkapitalia von EUR 8.000 konzerntauglich zu halten, sollte der SPE-VOE-HU nachgebessert werden.¹⁷⁵¹

Bei der Kapitalaufbringung im SPE-Konzern ergeben sich keine Änderungen, wenn die Gesellschaften anstelle eines faktischen SPE-Konzerns einen SPE-Vertragskonzern deutschen Rechts bilden. Ein Beherrschungsvertrag hätte selbst dann keinen Effekt auf die Kapitalaufbringung im SPE-Konzern, wenn man ihm die prinzipielle Fähigkeit zuspräche, das Unionsrecht zu überlagern bzw. zu modifizieren. Auch ist methodisch nicht ersichtlich, wie der deutsche Umgehungsschutz durch den Abschluss eines Unternehmensvertrages auf den SPE-Konzern Anwendung finden könnte.¹⁷⁵²

Der SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht kann die bei der Kapitalaufbringung bestehenden Hemmnisse für eine effiziente Konzernfinanzierung nicht überwinden. Es bestehen ebenso wie im faktischen und Vertragskonzern die geringe Flexibilität und große Rechtsunsicherheit fort, die sich aus dem strengen und noch unausgegorenen unionsrechtlichen Kapitalaufbringungsregime ergeben.¹⁷⁵³

2. Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung

a) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag

Fraglich ist, ob sich in Bezug auf die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE Unterschiede ergeben, wenn anstelle einer deutschen Tochter-SPE eine sitzgekoppelte Tochter-SPE in England errichtet wird. Das allgemeine Recht der englischen Limited sieht ein Kapitalaufbringungsregime vor, das in vielerlei Hinsicht von den Grundsätzen des deutschen GmbH-Rechts abweicht und insgesamt als liberaler eingestuft werden kann.¹⁷⁵⁴

Die Organmitglieder einer sitzgekoppelten englischen Tochter-SPE können zunächst für falsche Solvenzbescheinigungen haften, falls der englische Gesetzgeber gemäß Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU entsprechende Regelungen in seinem SPE-Ausführungsgesetz vorsieht. Außerdem können sie über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU

¹⁷⁵⁰ Vgl. unter vorstehend a) (1), (2) (b) (i).

¹⁷⁵¹ Vgl. unter vorstehend a).

¹⁷⁵² Vgl. unter vorstehend b).

¹⁷⁵³ Vgl. unter vorstehend c).

¹⁷⁵⁴ Vgl. dazu *Heinz/Hartung*, in: dies./Limited, Kap. 9 Rn. 22 ff.

nach englischem Recht zur Verantwortung gezogen werden. Mithin gelten die umfangreichen Haftungsfolgen des *statute and common law*.¹⁷⁵⁵ Falls der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsleitung ganz ausnahmsweise ein Weisungsrecht zusteht,¹⁷⁵⁶ haften die Organmitglieder der englischen Tochter-SPE ebenfalls nach diesen Grundsätzen, während diejenigen der deutschen Mutter-SPE allenfalls nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. § 43 GmbHG haften.¹⁷⁵⁷ Zusätzlich kommen auf die Geschäftsführung der Tochter-SPE deshalb erhöhte Prüfungsaufwendungen und Haftungsrisiken zu, weil in Bezug auf Gesellschafts- bzw. Konzerninteressen englisches Recht gilt. Daher sind Maßnahmen wie z. B. die Gewährung eines aufsteigenden Darlehens oder die Beteiligung an einem *cash pool* nur bei positiven Rückwirkungen auf die Untergesellschaft zulässig.¹⁷⁵⁸

Allerdings hat die Auslegung des SPE-VOE-HU ergeben, dass die Kapitalaufbringung bei der SPE abschließend auf unionsrechtlicher Ebene geregelt und nicht durch nationales Recht ergänzt oder modifiziert werden kann.¹⁷⁵⁹ Daher ist das Recht der englischen Limited insofern ebenso ausgesperrt wie dasjenige der deutschen GmbH. Mithin hat der Grenzübertritt keine Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE. Der transnationale SPE-Konzern unterliegt unionsweit einheitlich demselben Kapitalaufbringungsregime.

In der Praxis werden die Unternehmen gleichwohl auf Schwierigkeiten stoßen, die sie ohne den Grenzübertritt nicht gehabt hätten. Denn eine objektiv vorhandene *Rechtssicherheit* heißt noch lange nicht auch subjektive *Sicherheit im Recht*. Beispielsweise dürfte der Standpunkt, der Ordnungsgeber habe sich einem kontinental-europäisch geprägten Einlagebegriff angeschlossen, in englischen Gefilden auf wenig Gegenliebe stoßen. Zumindest aber steht zu befürchten, dass in England involvierte Registerbehörden, ordentliche Gerichte, Strafverfolgungsbehörden und sonstige Beteiligte den SPE-VOE-HU durch ihre angelsächsische „Brille“ lesen und somit den Einlagebegriff und das Kapitalaufbringungsregime angelsächsisch verfärben. Missverständnisse und Diskussionen sind vorprogrammiert. Diese ohnehin unkomfortable Situation wird dadurch verschärft, dass eine deutsche Konzernspitze und deren Rechts- und andere Stabsabteilungen mit dem englischen Recht und die Entscheidungspraxis nicht so vertraut sind wie mit der Handhabung derselben Fragen nach deutschem Recht.

b) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag

Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern darf eine deutsche Mutter-SPE mit ihrer ausländischen Tochter-SPE keinen Beherrschungsvertrag abschließen, wenn das ausländische Sachrecht Unternehmensverträge nicht kennt. Damit scheidet ein Beherrschungsvertrag einer deutschen Mutter-SPE mit einer englischen Tochter-SPE aus.¹⁷⁶⁰ Allerdings hatte sich im Hinblick auf den rein deutschen SPE-Konzern bereits gezeigt, dass der Ab-

¹⁷⁵⁵ Vgl. secc. 171 et seq., 174, 178, 847, 851, 852, 1157 CA 2006, CDDA 1986, sec. 212 IA 1986; *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 129, 134; *Hannigan*, Company Law, mn. 20-93 et seqq. (pp. 510 et seq.), 20-113 et seqq. (pp. 517 et seqq.); *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.3.9 (pp. 293 et seqq.); *Davies*, Company Law, pp. 84 ff.; *Doralt*, Managerpflichten, sec. 170 mn. 12; zur vorherigen Rechtslage *Schall*, DStR 2006, 1229, 1231 f., 1234; *Fleischer*, in: DStR 2000, 1015, 1016; wohl für deliktsrechtliche Qualifikation von *Thunen*, Directors' Duty, S. 127, 135.

¹⁷⁵⁶ Vgl. Kapitel 7 B. III. 4. b).

¹⁷⁵⁷ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (b) (ii).

¹⁷⁵⁸ Vgl. allgemein

Kapitel 6 und Kapitel 7 B. III. 4. c).

¹⁷⁵⁹ Vgl. unter vorstehend 1. a) (3).

¹⁷⁶⁰ Vgl.

Kapitel 7 B. III.

schluss eines Beherrschungsvertrages keine Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE hat.¹⁷⁶¹ Folglich hat der Grenzübertritt insofern keine Auswirkungen auf die Effizienz im SPE-Konzern.

c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

Bei der Untersuchung des nationalen SPE-Konzerns mit Satzungsunionsrechts hat sich bereits herausgestellt, dass die im SPE-Konzern bei der Kapitalaufbringung bestehenden Schwierigkeiten nicht überwunden werden können.¹⁷⁶² Insofern kann Satzungsunionsrecht also nicht dazu beitragen, beim Grenzübertritt ggf. entstehende Divergenzen abzumildern.

d) Zwischenfazit: Kapitalaufbringung im transnationalen SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung

Die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE unterliegt unionsweit einheitlich denselben Regelungen und kann durch nationales Recht bzw. Satzungsunionsrecht grundsätzlich nicht ergänzt oder modifiziert werden.

Daher ergeben sich keine Unterschiede, wenn anstelle einer deutschen Tochter-SPE eine sitzgekoppelte Tochter-SPE in England errichtet wird. Im faktischen deutsch-englischen SPE-Konzern bestehen dieselben Herausforderungen wie im rein deutschen faktischen SPE-Konzern. Indem der Abschluss eines Beherrschungsvertrages keine Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE hat, ist es an dieser Stelle zu verschmerzen, dass im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen werden kann. Mangels privatautonomem Gestaltungsspielraums kommt im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung auch Satzungsunionsrecht keine Bedeutung zu. In der Praxis ist gleichwohl zu erwarten, dass der Grenzübertritt die Effizienz im SPE-Konzern mindert. Denn die Beteiligten werden dazu tendieren, das Recht der SPE vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen nationalen „Heimatrechte“ auszulegen und damit Divergenzen hervorrufen.

3. Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung

a) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag

Sind die Satzungssitze im transnationalen SPE-Konzern also in Deutschland konzentriert, hat die Gesellschafterversammlung gemäß § 37 GmbHG umfängliche Geschäftsführungs- und Weisungsrechte, was die Effizienz im SPE-Konzern grundsätzlich steigert.¹⁷⁶³

Allerdings findet nationales Recht im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung bei der SPE keine Anwendung.¹⁷⁶⁴ Indem der transnationale SPE-Konzern ohnehin unionsweit einheitlich demselben Kapitalaufbringungsregime unterliegt, ändert die Sitzaufspaltung die Rechtslage im transnationalen SPE-Konzern nicht. In der Praxis kann die Sitzaufspaltung nichtsdestotrotz möglicherweise einen marginalen Effizienzvorsprung erzielen. Im Hinblick auf den kontinental-europäisch-strengen Einlagebegriff kommt es den Unternehmen zugute, wenn die deutschen Behörden das Unionsrecht durch ihre nationale „Brille“ auslegen. Zusätzlich werden praktische Effizienzgewinne erzielt, wenn die deutschen Behörden mit eben diesem Blick durch ihre nationale „Brille“ entgegen

¹⁷⁶¹ Vgl. unter vorstehend 1. b).

¹⁷⁶² Vgl. unter vorstehend 1. c).

¹⁷⁶³ Zum deutschen faktischen SPE-Konzern vgl. unter vorstehend II. 3.

¹⁷⁶⁴ Vgl. unter vorstehend 1. a) (3).

der hier vertretenen Ansicht das nationale, infolge des MoMiG konzernfreundliche Kapitalaufbringungsrecht ergänzend zur Anwendung bringen. Effizienzmindernd wirkt sich allerdings ebenso wie im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern aus, dass die ausländischen Behörden am Ort der Zweigniederlassung in Anknüpfung an den ausländischen Begehungsort möglicherweise strafrechtliche Sanktionen für Geschäftsführungsmitglieder bereithalten möchten.

b) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag

Im transnationalen SPE-Konzern steigert die Sitzaufspaltung die Effizienz, weil die Tochter-SPEs Beherrschungsverträgen unterworfen werden können. Das ist zunächst deshalb vorteilhaft, weil anders als im faktischen SPE-Konzern auch nachteilige Weisungen erteilt werden dürfen.¹⁷⁶⁵ Vor diesem Hintergrund ist es zu verschmerzen, dass wegen des ausländischen Ortes der Geschäftsleitung der Tochter-SPE keine steuerliche Organschaft begründet werden kann.¹⁷⁶⁶ Allerdings hatte sich im Hinblick auf den rein deutschen SPE-Konzern bereits gezeigt, dass der Abschluss eines Beherrschungsvertrages keine Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE hat.¹⁷⁶⁷ Folglich vermag im transnationalen SPE-Konzern die Sitzaufspaltung insofern keine Vorteile zu entfalten. Es verbleibt bei dem allgemeinen Vorteil, dass ein Unternehmensvertrag bei der SPE Weisungen im Konzerninteresse erlaubt.

c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

In Auslegung des SPE-VOE-HU können die Gesellschafter kraft Satzungsunionsrecht Weisungsrechte vereinbaren, aber nicht die Tochter-SPE auf ein Konzerninteresse ausrichten.¹⁷⁶⁸ Die im SPE-Konzern bei der Kapitalaufbringung bestehenden Schwierigkeiten können nicht überwunden werden.¹⁷⁶⁹ Mithin vermag Satzungsunionsrecht im sitzgespaltenen SPE-Konzern im Vergleich zum sitzgekoppelten SPE-Konzern nur insoweit Effizienzgewinne zu erzielen, wie ausländisches Recht anders als deutsches Recht keine Weisungen erlaubt.

d) Zwischenfazit: Kapitalaufbringung im transnationalen SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung

Die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE unterliegt unionsweit einheitlich denselben Regelungen und kann durch nationales Recht bzw. Satzungsunionsrecht grundsätzlich nicht ergänzt oder modifiziert werden. Daher vermag die Sitzaufspaltung im Vergleich zur Sitzkoppelung im transnationalen SPE-Konzern grundsätzlich keine Effizienzgewinne zu erzielen. In der Praxis erscheinen allerdings marginale Effizienzsteigerungen möglich, indem die Beteiligten das Unionsrecht durch ihre nationale „Brille“ auslegen. Im Übrigen verbleibt es bei dem allgemeinen Vorteil, dass im sitzgespaltenen SPE-Konzern ein Unternehmensvertrag Weisungen im Konzerninteresse erlaubt. Wie auch im nationalen und sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern kann darüber hinaus Satzungsunionsrecht Weisungsrechte etablieren.

¹⁷⁶⁵ Vgl. Kapitel 7 B. II. 2. c), IV. 3.

¹⁷⁶⁶ A. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 90 f. – steuerliche Organschaft zulässig; vgl. auch Kapitel 7 A.

¹⁷⁶⁷ Vgl. unter vorstehend 1. b).

¹⁷⁶⁸ Vgl. Kapitel 5 C. V. und Kapitel 6 C. IV. sowie unter vorstehend 1. a) (1) c).

¹⁷⁶⁹ Vgl. unter vorstehend 1. c).

III. Zusammenfassung: Kapitalaufbringung im SPE-Konzern

1. Relevanz eines Kapitalaufbringungsregimes für das Finanzmanagement im Konzern¹⁷⁷⁰

Der SPE-Konzern erfordert eine angemessene Balance zwischen organisations- und schutzrechtlichen Komponenten. Mithin könnte es für das Finanzmanagement im SPE-Konzern von Bedeutung sein, ob und inwiefern die SPE einem Kapitalaufbringungsregime unterliegt. Bei der Kapitalaufbringung geht es darum, dass die Gesellschafter ihre Gesellschaft mit dem gesetzlich bzw. gesellschaftsvertraglich geforderten Eigenkapital ausstatten. Die Gläubiger und etwaigen Minderheitsgesellschafter einer Tochter-SPE haben ein Interesse daran, dass die Gesellschafter ihrer gesetz- und satzungsgemäßen Pflicht nachkommen, die Tochter-SPE mit einem bestimmten Kapitalgrundstock auszustatten. Beim Finanzmanagement im SPE-Konzern kann die Erfüllung dieser Interessen dadurch gefährdet werden, dass die Tochter-SPE konzerninterne Darlehen gewährt oder zurückzahlt bzw. an ein *cash pooling*-System angeschlossen ist.

2. Isolierte Weisungsrechte¹⁷⁷¹

Was effizienzsteigernde *isolierte* Weisungsrechte im Rahmen der Konzernfinanzierung anbelangt, erweisen sich der faktische SPE-Konzern, der SPE-Vertragskonzern und der SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht im rein deutschen Sachverhalt ebenso wie im sitzaufgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern als gleichwertige Alternativen. Die Gesellschafterversammlung darf die Tochter-SPEs in allen drei Fällen zur Gewährung von aufsteigenden Darlehen, zum Anschluss an einen *cash pool* und zu anderen Maßnahmen anweisen. Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern muss dagegen zwingend Satzungsunionsrecht geschaffen werden, um der Geschäftsleitung der Tochter-SPE bindende Weisungen erteilen zu dürfen.

Damit die Effizienz im SPE-Konzern nicht gemindert ist, empfiehlt sich also die unionsweite Installierung unionsrechtlicher Weisungsrechte in den Satzungen der Tochter-SPEs. Auswirkungen auf die Kapitalerhaltung im SPE-Konzern haben die Gestaltungsvarianten zu *isolierten* Weisungsrechten jedoch nicht. Unterschiede können sich nur dann ergeben, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden.

Die Sitzaufspaltung wirkt sich im transnationalen SPE-Konzern allgemein vorteilhaft aus, weil die Unternehmen anders als bei Sitzkoppelung auch Unternehmensverträge eingehen und daher Weisungen im Konzerninteresse erteilen dürfen. Im Bereich der Kapitalaufbringung hat das allerdings keine Auswirkungen. Auch Satzungsunionsrecht im sitzgespaltenen SPE-Konzern im Vergleich zum sitzgekoppelten SPE-Konzern nur insoweit Effizienzgewinne zu erzielen, wie ausländisches Recht anders als deutsches Recht keine Weisungen erlaubt. Änderungen im Hinblick auf die Kapitalaufbringung sind hiermit nicht verbunden.

3. Unionsrechtliches Schutzkonzept¹⁷⁷²

Die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE unterliegt unionsweit einheitlich denselben Regelungen und kann durch nationales Recht bzw. Satzungsunionsrecht grundsätzlich nicht ergänzt oder modifiziert werden. Daher ergeben sich keine Unterschiede, wenn anstelle einer deutschen Tochter-SPE eine sitzgekoppelte Tochter-SPE in

¹⁷⁷⁰ Vgl. unter vorstehend I.

¹⁷⁷¹ Vgl. Kapitel 5 D.

¹⁷⁷² Vgl. unter vorstehend II.

England errichtet wird. Im faktischen deutsch-englischen SPE-Konzern bestehen dieselben Herausforderungen wie im rein deutschen faktischen SPE-Konzern. Indem der Abschluss eines Beherrschungsvertrages keine Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE hat, ist es an dieser Stelle zu verschmerzen, dass im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen werden kann. Mangels privatautonomen Gestaltungsspielraums kommt im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung auch Satzungsunionsrecht keine Bedeutung zu. Die Sitzaufspaltung kann die Effizienz im SPE-Konzern allgemein steigern, allerdings allerdings die im Hinblick auf das unionsrechtliche Kapitalaufbringungsregime bestehenden Schwierigkeiten nicht beseitigen. Um ein in sich stimmiges System zu finden und die SPE auch bei mitgliedstaatlichen Mindeststammkapitalia von EUR 8.000 konzerntauglich zu halten, sollte der SPE-VOE-HU nachgebessert werden.

In der Praxis ist trotz des einheitlichen Unionsrechts zu erwarten, dass der Grenzübertritt die Effizienz im SPE-Konzern mindert. Denn die Beteiligten werden dazu tendieren, das Recht der SPE vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen nationalen „Heimatrechte“ auszulegen und damit Divergenzen hervorrufen.

4. Fazit: Auswirkungen der Konzernstrukturierung auf die Effizienz im SPE-Konzern

Aus Effizienzgründen empfiehlt sich die unionsweite Installierung unionsrechtlicher Weisungsrechte in den Satzungen der Tochter-SPEs. Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung im SPE-Konzern haben die Gestaltungsvarianten zu *isolierten* Weisungsrechten jedoch nicht. Eine Analyse des Kapitalaufbringungsrechts der SPE ergibt, dass es für die Effizienz im SPE-Konzern grundsätzlich nicht notwendig ist, die SPEs sitzgespalten zu strukturieren und Beherrschungsverträge abzuschließen. Die Sitzaufspaltung empfiehlt sich allenfalls dann, wenn Mitgliedstaaten von ihrem Recht zur Heraufsetzung der gesetzlichen Mindeststammkapitalziffer Gebrauch machen.

C. Kapitalerhaltung

I. Relevanz eines Kapitalerhaltungsregimes für das Finanzmanagement im Konzern

Der SPE-Konzern erfordert eine angemessene Balance zwischen organisations- und schutzrechtlichen Komponenten.¹⁷⁷³ Mithin könnte es für das Finanzmanagement im SPE-Konzern von Bedeutung sein, ob und inwiefern die SPE einem Kapitalerhaltungsregime unterliegt. Die Gläubiger und etwaigen Minderheitsgesellschafter einer Tochter-SPE haben ein Interesse daran, dass der Tochter-SPE nicht zugunsten ihrer Gesellschafter solche Vermögenswerte entzogen werden, die die Tochter-SPE eigentlich zur Gläubigerbefriedigung bzw. zur Befriedigung von Dividendenansprüchen der Minderheitsgesellschafter benötigt.¹⁷⁷⁴ Beim Finanzmanagement im SPE-Konzern können einer Tochter-SPE Vermögenswerte dadurch entzogen werden, dass sie konzerninterne Darlehen gewährt oder zurückzahlt bzw. an ein *cash pooling*-System angeschlossen ist.

Der SPE-VOE-HU könnte zunächst einen bilanziellen Vermögensschutz vorsehen. Dann würde er einer kontinentaleuropäischen Tradition folgen, die Wert auf eine effektive Erhaltung eines Kapitalgrundstocks legt.¹⁷⁷⁵ Nach

¹⁷⁷³ Vgl. Kapitel 2 C.

¹⁷⁷⁴ Vgl. auch *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 152.

¹⁷⁷⁵ Zum GmbH-Recht *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 30 Rn. 1, 101 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 30 Rn. 1; zum niederländischen Recht *deVries/vanEfferink*, GmbH-R-Sonderheft 2006, 48, 50; zum französischen Recht *Recq/Smyrek*, GmbH-R-Sonderheft 2006, 54, 58.

Art. 8 Abs. 1 lit. d, Art. 19 Abs. 3 SPE-VOE-HU müssen die Gesellschafter unter Beachtung der betreffenden gesetzlichen Mindestschwelle von EUR 1 bis 8.000 die Höhe des *Stammkapitals*¹⁷⁷⁶ ihrer SPE festlegen und ordnungsgemäß aufbringen.¹⁷⁷⁷ Fraglich ist also, ob der SPE-VOE-HU einen Kapitalerhaltungsschutz dahingehend vorsieht, dass die satzungsmäßige Stammkapitalziffer bilanziell vor Minderungen durch Rückgewährungen an die Gesellschafter geschützt wird.¹⁷⁷⁸

Andererseits könnte der SPE-VOE-HU aber auch ein System für einen gegenständlichen Vermögensschutz in Gestalt eines Liquiditätsschutzes beinhalten. Denn Vermögensverluste können die Gläubiger- und Minderheiteninteressen beeinträchtigen, selbst wenn das Stammkapital der Tochter-SPE nach bilanzieller Betrachtung unverletzt bleibt. Auf einen gegenständlichen Vermögensschutz legen traditionell die angelsächsischen Rechtssysteme besonderen Wert.¹⁷⁷⁹ Im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte und bei den daraus resultierenden Diskussionen auf Unionsebene setzt sich freilich mehr und mehr die Erkenntnis durch, dass ein gegenständlicher Vermögensschutz eine sinnvolle *Ergänzung* zum bilanziellen Vermögensschutz darstellt.¹⁷⁸⁰

Der SPE-VOE-HU könnte als Bestandteil des SPE-Gesellschaftsstatuts¹⁷⁸¹ Regelungen zur Kapitalerhaltung enthalten. Besonders bedeutsam könnten hierbei die Vorschriften in Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU sein, die vorsehen, wann eine SPE Ausschüttungen vornehmen darf und wann Gesellschafter Ausschüttungen zurückgewähren müssen. Die Regelungen haben im Verordnungsgebungsverfahren einige Änderungen erfahren, aus denen sich das vom Verordnungsgeber intendierte Kapitalschutzsystem abzulesen sein könnte.¹⁷⁸² Darüber hinaus ist fraglich, ob und unter welchen Umständen nationales Recht flankierend oder anstelle unionsrechtlicher Regelungen zum Einsatz kommt.

II. Unterschiede im SPE-Konzern

1. Nationaler SPE-Konzern

a) SPE-Konzern als faktischer Konzern deutschen Rechts

(1) Unionsrechtliches Schutzkonzept

(a) Ausschüttungsbegriff

Fraglich ist zunächst, wann eine Ausschüttung im Sinne des SPE-VOE-HU vorliegt. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU bezeichnet *Ausschüttung* „jeden finanziellen Vorteil, den ein Gesellschafter aufgrund der von ihm gehaltenen Geschäftsanteile direkt oder indirekt aus der SPE zieht, einschließlich der Übertragung von Geld oder

¹⁷⁷⁶ Bzw. *capital*.

¹⁷⁷⁷ Vgl. ausführlich unter vorstehend B. II. 1. a).

¹⁷⁷⁸ So zur Kapitalrichtlinie, SE-VO und SCE-VO *Habersack*, in: MüKo-AktG, Einl. Rn. 139.

¹⁷⁷⁹ Zum englischen Recht *Hannigan*, *Company Law*, mn. 20.1 et seq.; *Davies*, *Company Law*, pp. 78 f.

¹⁷⁸⁰ Vgl. *Hommelhoff*, in: Lutter/ders./GmbHG, § 30 Rn. 6 f.; *Hass*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 2; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, § 64 Rn. 21.

¹⁷⁸¹ Für Auslandsgesellschaften *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 33.

¹⁷⁸² Auf Basis des SPE-VOE-SE für eine Verschärfung *Martens*, *Managementstrukturen*, S. 16 f.

Immobilien“. Ein Unterfall von Ausschüttungen könnten *Dividenden* sein. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 2 SPE-VOE-HU können Ausschüttungen „in Form einer Dividende, durch Immobilienerwerb oder -verkauf, durch Rücknahme oder eine andere Art des Erwerbs von Geschäftsanteilen durch die SPE sowie auf jedem anderen Wege erfolgen“. ¹⁷⁸³ Mit *Dividenden* ¹⁷⁸⁴ nimmt ein Gesellschafter an den Erträgen der Gesellschaft teil, indem er auf ihn entfallenden Gewinnanteil Geld- oder Sachleistungen erhält. Mithin ergibt sich klarstellend aus Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 2 SPE-VOE-HU, dass *Dividenden* ein Unterfall von Ausschüttungen sind. ¹⁷⁸⁵ Sind Dividenden Sonderfälle von Ausschüttungen, sind das erst recht *Zwischendividenden* im Sinne von Art. 21 Abs. 3, Anhang I Nr. 6 SPE-VOE-HU. ¹⁷⁸⁶ Mit dem Begriff der *Zwischendividende* meint der Verordnungsgeber ebenso wie in Art. 15 Abs. 2 Kapitalrichtlinie *echte* *Zwischendividenden*. ¹⁷⁸⁷ Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verordnungsgeber den Begriff der *Zwischendividenden* anders versteht als in der Kapitalrichtlinie. Demnach sind echte *Zwischendividenden* nicht bloß Abschlagszahlungen auf den voraussichtlichen Bilanzgewinn nach Ablauf des Geschäftsjahres, sondern unterjährige Zahlungen auf den vorläufigen Bilanzgewinn des laufenden Geschäftsjahres. ¹⁷⁸⁸

Der Begriff der Ausschüttung ist folglich sehr weit und konkreter als in Art. 15 Abs. 1 lit. d Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 17 Abs. 4 Kapitalrichtlinie n. F. gefasst. ¹⁷⁸⁹ Ob das Ausschüttungsregime einen Wettbewerbsnachteil der SPE im Vergleich zu den nationalen Rechtsformen darstellt oder nicht, muss die weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU zeigen. ¹⁷⁹⁰

(b) Ausschüttungsempfänger

Des Weiteren ist fraglich, an wen Vermögenszuwendungen erfolgen müssen, um als Ausschüttungen qualifiziert zu werden. Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU bezeichnet Zuwendungen an *Gesellschafter* als Ausschüttungen. Der Gesellschafterbegriff könnte entweder streng formal oder erweiternd auszulegen sein.

Art. 2 Abs. 1 lit. ba SPE-VOE-HU definiert Gesellschafter als Personen, die „im *Gesellschafterverzeichnis* gemäß

¹⁷⁸³ Wobei anstatt *Immobilien* und *Immobilienerwerb oder -verkauf* ggf. allgemeiner Eigentumserwerbe oder-verkäufe gemeint sind, vgl. die Begriffe „*property*“ und „*purchase or sale of property*“ in der englischsprachigen Fassung sowie die Begriffe „*propriété*“ und „*d'un achat ou d'une cession d'actifs immobiliers*“ in der französischsprachigen Fassung.

¹⁷⁸⁴ Bzw. *dividends* bzw. *dividendes*.

¹⁷⁸⁵ A. A. *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 235 ff., 261 f., 264 f., 285; zum deutschen Recht *Wicke*, GmbHG, § 29 Rn. 2, 8; *Ekkenga*, in: *MüKo-GmbHG*, § 29 Rn. 89; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck/GmbHG*, § 29 Rn. 4; zum englischen Recht *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.3 (p. 288); *Hannigan*, Company Law, mn. 20-84 (p. 506).

¹⁷⁸⁶ Bzw. *interim dividends* bzw. *d'acomptes sur dividendes*; wohl auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 219; zur Methodik allgemein *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, Rn. 897 ff. (S. 519 ff.).

¹⁷⁸⁷ Zur Anlehnung des SPE-VOE-SE an die Kapitalrichtlinie *Kalss*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 133, 152, 159.

¹⁷⁸⁸ Zum deutschen GmbH-Recht *Salje*, in: *Michalski/GmbHG*, § 29 Rn. 87; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck/GmbHG*, § 29 Rn. 60; zur Kapitalrichtlinie und zum Aktienrecht. *Cahn*, in: *Spindler/Stilz/AktG*, § 59 Rn. 1 f., 19; *Bayer*, in: *MüKo-AktG*, § 59 Rn. 3; *Koch*, in: *Hüffer/AktG*, § 59 Rn. 1, 5; rechtsvergleichend *Siebel/Gebauer*, AG 1999, 385 ff.

¹⁷⁸⁹ Ebenfalls für weiten Ausschüttungsbegriff *Kalss*, in: *Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*, S. 133, 152 f., 159; offenlassend *Jung*, Kapitalverfassung, S. 32 ff.

¹⁷⁹⁰ Vgl. auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 283; zum GmbH-Recht *Salje*, in: *Michalski/GmbHG*, § 29 Rn. 87; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck/GmbHG*, § 29 Rn. 60; zum Recht der Limited vgl. secc. 836 (2) (a), 838 CA 2006; *Cahn*, in: *Spindler/Stilz/AktG*, § 59 Rn. 19; *Siebel/Gebauer*, AG 1999, 385, 391 f.; *Ringer/Otte*, in: *Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht*, § 4 Rn. 107 ff.; zum noch strengeren AG-Recht vgl. *Cahn*, in: *Spindler/Stilz/AktG*, § 59 Rn. 1 f., 19; rechtsvergleichend *Siebel/Gebauer*, AG 1999, 385, 388 ff.

Artikel 15 geführt“ werden.¹⁷⁹¹ Unter Berücksichtigung der in Art. 2 Abs. 1 lit. ba SPE-VOE-HU enthaltenen Gesellschafterdefinition sind also Zuwendungen an diejenigen Personen umfasst, die im Gesellschafterverzeichnis genannt sind.¹⁷⁹² Möglich ist, dass das Gesellschafterverzeichnis solche Personen aufführt, die ihre Geschäftsanteile an der SPE nicht mehr halten. Indem die Beteiligten indes Einfluss darauf nehmen können, wer im Gesellschafterverzeichnis steht sowie ob und wann Vermögenszuwendungen an diese Personen erfolgen, ist die formale Anknüpfung an das Gesellschafterverzeichnis bei Vermögenszuwendungen an Nicht-mehr-Anteilsinhaber angemessen.

Als Ausschüttungsempfänger im Sinne von Artt. 21, 22, 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU könnten erweiternd zudem solche Personen anzusehen sein, die zwar Anteilsinhaber, aber noch nicht im Gesellschafterverzeichnis genannt sind. Hierfür könnte sprechen, dass Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU auf die „*von [dem Ausschüttungsempfänger] gehaltenen Geschäftsanteile*“ abstellt. Würde das Ausschüttungsregime nicht im Gesellschafterverzeichnis genannte Anteilsinhaber nicht erfassen, könnten außerdem die Beteiligten die Reichweite des Gläubigerschutzes über den Eintragungszeitpunkt im Gesellschafterverzeichnis steuern. Das widerspräche dem Willen des Unionsgesetzgebers nach einem effektiven Gläubigerschutz. Demnach ist es angemessen, auch solche Anteilsinhaber als *Gesellschafter* anzusehen, die noch nicht gelistet sind. Freilich kommt in Betracht, dass die Geschäftsleitung der SPE bei der Vornahme von Vermögenszuwendungen von der Anteilsinhaberschaft noch keine Kenntnis hat und ihr auch keine pflichtwidrige Unkenntnis vorzuwerfen ist. Um die Anteilsinhaber zur Mitteilung ihres Anteilserwerbs gegenüber der Geschäftsleitung anzuhalten, ist es unangemessen, den Gesellschafterbegriff vom Kennen- oder Kennenmüssen der Geschäftsleitung abhängig zu machen. Folglich sind auch solche Anteilsinhaber als Gesellschafter und daher als mögliche Ausschüttungsempfänger anzusehen, die noch nicht im Gesellschafterverzeichnis aufgeführt sind.¹⁷⁹³

Darüberhinaus könnten aber auch solche Personen als mögliche Ausschüttungsempfänger im Sinne von Artt. 21, 22, 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU anzusehen sein, die nicht unmittelbare Anteilsinhaber der SPE sind oder waren und daher nicht in das Gesellschafterverzeichnis der SPE einzutragen sind. In der Konzernpraxis sind Vermögensverschiebungen an Nichtgesellschafter gar nicht so selten: Auf Weisung der Konzernspitze fließen Darlehen häufig an Schwestergesellschaften und andere der Konzernspitze bzw. dem Gesamtkonzern nahestehende Unternehmen und Personen.¹⁷⁹⁴ Gerade in solchen Vermögensverschiebungen manifestiert sich die viel beschworene Konzerngefahr für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter.¹⁷⁹⁵ Außerdem könnten die Schutzzwecke des Ausschüttungsregimes durch Vermögensverschiebungen an Nichtgesellschafter schnell umgangen werden. Andererseits stellt Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU ausdrücklich auf die „*von [dem Ausschüttungsempfänger] gehaltenen Geschäftsanteile*“ ab. Außerdem bezweckt der Unionsgesetzgeber mit dem SPE-VOE-HU nicht nur einen Gläubiger- und Minderheitenschutz, sondern möchte auch die Effizienz im Konzern steigern.¹⁷⁹⁶ Diese gegenläufigen Zwecke des SPE-VOE-HU sind in ein ausgewogenes, angemessenes Verhältnis zueinander zu bringen. Müssten sich jegliche Vermögenszuwendungen im SPE-Konzern an den besonderen Anforderungen der Ausschüttungsvorschriften messen lassen, würde das die Praktikabilität im SPE-Konzern empfindlich einschrän-

¹⁷⁹¹ Vgl. auch *Jung*, EWS 2012, 25, 26.

¹⁷⁹² Vgl. auch *Jung*, EWS 2012, 25, 26.

¹⁷⁹³ So im Ergebnis auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 142 ff., 184 f.; *dies.*, EWS 2012, 25, 26.

¹⁷⁹⁴ Z. B. auch beim *cash pooling* unter Einbeziehung einer besonderen Finanzierungsgesellschaft.

¹⁷⁹⁵ Vgl. Kapitel 2 C.

¹⁷⁹⁶ Vgl. Kapitel 2 B., C., H.

ken. Für den Konzernerfolg notwendige konzerninterne Transaktionen zum Erliegen zu bringen, liegt auch nicht im Interesse der Gläubiger und etwaigen Minderheitsgesellschafter einer SPE. Vor diesem Hintergrund ist es angemessen, für Ausschüttungen auf die formale Eintragung im Gesellschafterverzeichnis bzw. die unmittelbare Anteilsinhaberschaft abzustellen.¹⁷⁹⁷

Allerdings ist zu bedenken, dass der Ausschüttungsbegriff in Art. 2 Abs. 1 lit. c SPE-VOE-HU jeden *direkten oder indirekten* finanziellen Vorteil aus der SPE einschließt. Nimmt man an, die Transaktion liegt im Konzerninteresse,¹⁷⁹⁸ profitiert jede Konzerngesellschaft indirekt von der Transaktion, also auch mindestens ein Gesellschafter der darlehensgewährenden SPE. Damit wären Vermögenszuwendungen an andere Konzerngesellschaften als die direkten Gesellschafter als Ausschüttungen zu qualifizieren, selbst wenn der Gesellschafterbegriff als solcher nicht erweiternd ausgelegt wird. Dieses Ergebnis ist aus den vorgenannten Gründen unangemessen. Es genügt, die Zulässigkeit solcher Transaktionen allein davon abhängig zu machen, ob die zuwendende SPE Konzerninteressen verfolgen darf oder nicht.¹⁷⁹⁹

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass in Auslegung des Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU solche Zuwendungsempfänger als Ausschüttungsempfänger anzusehen sind, die im Gesellschafterverzeichnis eingetragen sind oder als unmittelbare Anteilsinhaber der SPE in das Gesellschafterverzeichnis eingetragen werden können.

(c) Satzungszulassung von Zwischendividenden

Echte Zwischendividenden sind als Sonderfälle von Ausschüttungen ebenfalls vom Ausschüttungsregime des SPE-VOE-HU erfasst.¹⁸⁰⁰ Bereits im SPE-VOE-K hat der Unionsgesetzgeber mit seinem Regelungsauftrag zu Zwischendividenden deutlich gemacht, dass er streng zwischen Ausschüttungen auf Basis der Jahresbilanz und Zwischendividenden unterscheidet. Seit dem SPE-VOE-CZ trifft der Verordnungsgeber außerdem noch inhaltliche Sonderregelungen zu Zwischendividenden. Nach Art. 21 Abs. 3 SPE-VOE-HU sind Zwischendividenden zulässig, wenn der Satzungsgeber von dem fakultativen Regelungsauftrag in Art. 21 Abs. 1 i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 6 Gebrauch macht. Damit unterscheidet sich der SPE-VOE-HU von der Kapitalrichtlinie, welche die Zulässigkeit von Zwischendividenden der Entscheidung der nationalen Gesetzgeber anheimstellt.¹⁸⁰¹

Fraglich ist allerdings, ob und inwieweit Zwischendividenden zulässig sind, wenn das Satzungsunionsrecht Zwischendividenden nicht oder nur unzureichend erlaubt. Würde man die allgemeine Regelung in Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU für den Nichtgebrauch von Satzungsregelungsaufträgen anwenden, würden sich die Zulässigkeit und ggf. auch weitere Aspekte von Zwischendividenden nach dem nationalen Recht des Satzungssitzstaates richten. Es kommt aber auch in Betracht, dass der Unionsgesetzgeber Art. 21 Abs. 3 SPE-VOE-HU als abschließend ansieht und es sich bei dem Regelungsauftrag in VOE-HU-Anhang I Nr. 6 in Wirklichkeit um ein Satzungswahlrecht handelt. Würde dann das Satzungsunionsrecht Zwischendividenden nicht erlauben, wären sie unionsrechtlich

¹⁷⁹⁷ So im Ergebnis auch *Jung*, EWS 2012, 25, 26; zum deutschen Recht allgemein *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 30 GmbHG Rn. 15 ff.; *Ekkenga*, in: MüKo-GmbHG, § 30 Rn. 157 ff.; vgl. auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 218 f.

¹⁷⁹⁸ Vgl. Kapitel 6 A.

¹⁷⁹⁹ Vgl. Kapitel 6 B., D. V. und Kapitel 7 A., B. II. 3. (2).

¹⁸⁰⁰ Vgl. unter vorstehend (a).

¹⁸⁰¹ Ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 219 f.

verboten und die ergänzende Anwendung nationalen Rechts ausgeschlossen.¹⁸⁰² Welcher dieser beiden Auslegungsalternativen der Vorzug zu geben ist, wird an späterer Stelle im Zusammenhang mit der ergänzenden Anwendung nationalen Rechts untersucht.¹⁸⁰³

Angesichts des weiten Ausschüttungsbegriffs überrascht es, dass der Verordnungsgeber lediglich echte Zwischendividenden als von der Jahresbilanz unabhängige Ausschüttungen regelt. Demnach wären andere unterjährige Ausschüttungen als Zwischendividenden allenfalls durch Mehrfachnutzung der Jahresbilanz möglich. Im Vergleich zu Zwischenbilanzen schützt das Gläubiger und Minderheitsgesellschaften aber weniger. Daher müssen andere unterjährige Ausschüttungen als Zwischendividenden auf Basis des SPE-VOE-HU als unzulässig angesehen werden. Folglich steigt im SPE-Konzern die Gefahr unzulässiger Vermögenszuwendungen dadurch beträchtlich,¹⁸⁰⁴ dass der Unionsgesetzgeber unterjährig offenbar nur Zwischendividenden, aber keine sonstigen unterjährigen Ausschüttungen zulässt.

(d) Erlaubnis von Sachausschüttungen

Unsicherheiten entstehend auch dadurch, dass keiner der SPE-VO-Entwürfe Regelungen zu Sachausschüttungen als Sonderfällen von Ausschüttungen enthält. Sieht man in der Nichtregelung eine Lücke im Unionsrecht, kommt über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nationales Recht zur Anwendung.¹⁸⁰⁵ Zahlreiche nationale Rechte sehen Sachausschüttungen nur dann als zulässig an, wenn sie in der Satzung erlaubt werden.¹⁸⁰⁶ Umgekehrt könnte man aus dem Fehlen einer Sonderregelung im SPE-VOE-HU auch schließen, Sachausschüttungen seien unionsrechtlich ohne Weiteres erlaubt.¹⁸⁰⁷ Hierfür spricht, dass der Wortlaut der allgemeinen Vorschriften in Art. 21 Abs. 1 und Art. 22 SPE-VOE-HU neutral von „*vornehmen*“¹⁸⁰⁸ bzw. „*zurückgeben*“¹⁸⁰⁹ spricht, während die Sondervorschrift zur Zwischendividende spezifischer von „*Auszahlung*“¹⁸¹⁰ spricht. Auch im Übrigen enthält der SPE-VOE-HU keine Anhaltspunkte für eine Annahme des Verordnungsgebers, Ausschüttungen seien lediglich Barausschüttungen.¹⁸¹¹ Schließlich kann noch aus der Sonderregelung zu Zwischendividenden geschlossen werden, dass der Unionsgesetzgeber sämtliche andere Ausschüttungsarten und damit auch Sachausschüttungen nach den allgemeinen Ausschüttungsregelungen im SPE-VOE-HU behandelt wissen möchte. Folglich sind Sachausschüttungen bei der SPE unionsrechtlich erlaubt, ohne dass eine Satzungsermächtigung erforderlich oder die Frage nach nationalem Recht zu entscheiden ist.

¹⁸⁰² So *Jung*, Kapitalverfassung, S. 219 f., 303 f.; *dies.*, EWS 2012, 25, 29.

¹⁸⁰³ Vgl. unter nachstehend (g) (i).

¹⁸⁰⁴ Zum Vergleich zwischen GmbH und AG *Drinhausen*, in: Heidel/Aktienrecht, § 57 AktG Rn. 2; *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 57 Rn. 2; unter Einbeziehung der Kapitalrichtlinie *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20 Rn. 80; *Bezenberger*, Das Kapital der Aktiengesellschaft, S. 259 f.

¹⁸⁰⁵ So zur SE *Henze/Notz*, in: GK-AktG, § 58 Rn. 137.

¹⁸⁰⁶ So z. B. nach deutschem Recht, vgl. *Ekkenga*, in: MüKo-GmbHG, § 29 Rn. 127; ebenso nach englischem Recht, vgl. secc. 845, 846 CA 2006; Art. 35 Limited-Mustersatzung: *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.3.1 (p. 288 et seq), 10.3.5 (p. 291 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 20-112 (p. 516); rechtsvergleichend *Hasselbach/Wicke*, NZG 2001, 599.

¹⁸⁰⁷ So zur SPE im Ergebnis wohl *Jung*, Kapitalverfassung, S. 186 f., 190 ff., 297, 305.

¹⁸⁰⁸ Bzw. „*make*“ bzw. „*faire*“.

¹⁸⁰⁹ Vgl. „*return*“ bzw. „*restituer*“, in der deutschen Version ungenau übersetzt mit „*zurückerstatten*“.

¹⁸¹⁰ Bzw. „*payment*“ bzw. „*versement*“.

¹⁸¹¹ Ähnlich zum deutschen Aktienrecht vor Änderung von § 58 Abs. 5 *Hasselbach/Wicke*, NZG 2001, 599 f.

(e) Bilanztest

(i) Zugrundeliegende Bilanz und Verfahren

Ausschüttungen bei der SPE erfordern nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU grundsätzlich einen Bilanztest.¹⁸¹² Damit orientiert sich der Ordnungsgeber noch stärker als bei Art. 37 Abs. 6 SE-VO an Art. 15 Abs. 1 litt. a und b Kapitalrichtlinie.¹⁸¹³ Fraglich ist, aufgrund welcher Bilanz und mit welchem Verfahren der Bilanztest durchzuführen ist.

Grundlage für Ausschüttungen der Tochter-SPE ist grundsätzlich die letzte festgestellte Jahresbilanz. Sind Zwischendividenden zugelassen, erfordern sie gemäß Art. 21 Abs. 1 lit. a SPE-VOE-HU ebenso wie nach Art. 15 Abs. 2 lit. a Kapitalrichtlinie eine „Zwischenbilanz [...], aus der hervorgeht, dass für die Ausschüttung genügend Mittel zur Verfügung stehen“.¹⁸¹⁴ Erste Verfahrensvoraussetzung für eine Ausschüttung ist ein Gesellschafterbeschluss in Bezug auf die der Ausschüttung zugrundeliegende Bilanz.¹⁸¹⁵ Nach Art. 28 Abs. 1 lit. d, Abs. 1a0 SPE-VOE-HU muss der Jahresabschluss, also auch die in Art. 21 Abs. 1 und 2 SPE-VOE-HU erwähnte Jahresbilanz, durch einen Gesellschafterbeschluss der Tochter-SPE festgestellt sein, der im Einklang mit der SPE-VO und der Satzung mit mindestens einfacher Mehrheit zu fassen und zu veröffentlichen ist.¹⁸¹⁶ Bei Zwischendividenden ist analog Art. 28 Abs. 1 lit. d, Abs. 1a0 SPE-VOE-HU Dasselbe für die Zwischenbilanz zu fordern.

Zweite Verfahrensvoraussetzung ist ein weiterer Gesellschafterbeschluss. Dieser beruht auf Art. 28 Abs. 1 lit. e SPE-VOE-HU, bezieht sich auf die Ausschüttung als solche und unterliegt denselben Form- und Verfahrensvorschriften wie der erste Beschluss.¹⁸¹⁷ Da Zwischendividenden Sonderfälle von Ausschüttungen sind, gilt für sie dasselbe.¹⁸¹⁸ Angesichts der unspezifischen Formulierung des Regelungsauftrags in VOE-HU-Anhang I Nr. 16 ist allerdings zweifelhaft, ob und bis zu welchem Spezifizierungsgrad der SPE-VOE Vorratsbeschlüsse bzw. eine Delegation an ein etwaiges Aufsichtsorgan zulässt,¹⁸¹⁹ oder ob das Prozedere bei jedweder Ausschüttung einzuhalten ist.¹⁸²⁰ Von der ursprünglich vorgesehenen dritten Voraussetzung für eine Ausschüttung sieht der Ordnungsgeber inzwischen ab. Ausschüttungsbeschlüsse auf Basis des SPE-VOE-HU müssen nicht mehr auf einem vorherigen Vorschlag der Geschäftsleitung beruhen.¹⁸²¹ Da der Ordnungsgeber die betreffenden Regelungen gestrichen hat, sollen förmliche Ausschüttungsvorschläge auch nicht über Art. 26 Abs. 1 SPE-VOE-HU nach nationalen Vorschriften zur *Vorlage* von Abschlüssen erforderlich sein. Die erforderlichen Veröffentlichungen müs-

¹⁸¹² Ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 153 f.

¹⁸¹³ Vgl. auch *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 159.

¹⁸¹⁴ Vgl. auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 162 f., 165; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 221.

¹⁸¹⁵ So ggf. auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 207 ff., 229 ff.

¹⁸¹⁶ Vgl. Artt. 28 Abs. 1 lit. d, Abs. 1a0, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4 S. 1, Abs. 6 SPE-VOE-HU.

¹⁸¹⁷ Vgl. Artt. 28 Abs. 1 lit. e, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4 S. 1, Abs. 6 SPE-VOE-HU; jeweils SPE-VOE-HU; vgl. auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 161; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 80, 93; a. A. *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 257, vgl. aber auch S. 259.

¹⁸¹⁸ So auch *Jung*, EWS 2012, 25, 29; ggf. a. A. *Hommelhoff/Teichmann*, GmbH 2008, 897, 906; zu diesem zweiten Beschluss auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 205 ff.

¹⁸¹⁹ Gegen Vorratsbeschlüsse *Jung*, Kapitalverfassung, S. 300; zur gesetzlich festgelegten Aufsichtsratszuständigkeit in der AG *Drinhausen*, in: Heidel/AktG, § 59 AktG Rn. 4.

¹⁸²⁰ Vgl. *Meller*, Gläubigerschutz, S. 161 f.; in dieselbe Richtung *Brems/Cannivé*, Der Konzern 2008, 629, 634; a. A. offenbar *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 37; offenlassend *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 265 ff., 285.

¹⁸²¹ So noch Art. 21 Abs. 1 S. 1 SPE-VOE-K und SPE-VOE-P; vgl. dazu *Meller*, Gläubigerschutz, S. 158 f., 163 f.; *Culmann*, SPE in der Krise, S. 79 f.; auf Basis des SPE-VOE-SE wie hier *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 302 f.

sen gemäß Art. 11 SPE-VOE-HU in Verbindung mit deutschem Recht im Bundesanzeiger veröffentlicht werden.¹⁸²²

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass der Bilanztest das Verfahren nicht zuletzt dadurch besonders schwerfällig macht, dass er insgesamt zweier Gesellschafterbeschlüsse bedarf.¹⁸²³

(ii) Anwendbares Bilanzrecht

Fraglich ist, nach welchen Vorschriften die Bilanzen aufzustellen sind, die Ausschüttungen einer SPE zugrunde liegen.

Art. 21 SPE-VOE-HU äußert sich nicht selbst zum anwendbaren Bilanzrecht. Die Vorschrift bezieht sich schlicht auf Bilanzen und nennt bestimmte buchhalterischen Größen – wie z. B. *Nettoaktivvermögen* oder *Rücklagen* –, ohne auf deren Ermittlung einzugehen. Also referenziert sie auf die allgemeine Rechnungslegungsvorschrift in Art. 26 Abs. 1 SPE-VOE-HU. Danach sind Bilanzen der SPE nach nationalem Recht aufzustellen, vorzulegen sowie ggf. zu prüfen und offenzulegen.¹⁸²⁴ Art. 26 Abs. 1 SPE-VOE-HU ist als Sachnormverweis auf das Satzungssitzstaatenrecht¹⁸²⁵ zu verstehen, weil die Rechnungslegung zum Personalstatut einer Gesellschaft gehört.¹⁸²⁶ Mit seinem Hinweis, der Regelungsbereich der SPE-VO umfasse nicht die Rechnungslegung der SPE,¹⁸²⁷ möchte der Unionsgesetzgeber lediglich klarstellen, dass er sich in der SPE-VO keine materiellen Rechnungslegungsregelungen anmaßt. Je nach mitgliedstaatlichem Recht kann die Ausschüttungsbilanz nach den jeweiligen lokalen GAAP oder nach IFRS aufgestellt sein. Art. 5 lit. b IAS-Verordnung räumt den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht ein, nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften die IFRS zur Aufstellung ihrer Konzern- und/oder Einzelabschlüsse zu gestatten oder vorzuschreiben.¹⁸²⁸

Über den Verweis in Art. 26 SPE-VOE-HU könnten auch Spezifika des nationalen Bilanzrechts anzuwenden sein. Das jeweilige nationale Recht sieht nämlich möglicherweise Spezifika vor, je nachdem zu welchem Zweck die

¹⁸²² Wegen Abschaffung der Papierversion gibt es seit dem 1. April 2012 nur noch den *Bundesanzeiger* und nicht mehr speziell auch den *Elektronischen Bundesanzeiger*, Informationen abrufbar unter www.bundesanzeiger.de; wohl generell

a. A. Wirtz, Lückenfüllung, S. 217 ff.

¹⁸²³ So wohl auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 303 ff.

¹⁸²⁴ Vgl. Meller, Gläubigerschutz, S. 175 ff.; Hadding/Kießling, WM 2009, 145, 147 ff.; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 906 f.; Hennrichs, NZG 2009, 921, 923, 926 f.; Lanfermann/Richard, BB 2008, 1610, 1612 f.; Hommelhoff, ZHR173 (2009), 255 ff.; Greulich/Rau, DB 2008, 2691 ff.; Mock, Der Konzern 2008, 539 ff.; Nachtwey, Bilanzrecht; Pfennig, Gläubigerschutz, S. 81, 119 ff.; Anzinger, BB 2009, 2606, 2609; Krejci, in: FS Hüffer, S. 501, 515; vgl. auch Maschke, Gläubigerschutz, S. 128 ff.; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 908; Hennrichs, NZG 2009, 921, 926; Lanfermann/Richard, BB 2008, 1610, 1612; Mock, Der Konzern 2008, 539, 547.

¹⁸²⁵ Vgl. Kapitel 4 E. III.

¹⁸²⁶ Allgemein ebenso Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 9 SE-VO Rn. 27; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 18; Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 42; Leible, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 160.

¹⁸²⁷ Vgl. SPE-VOE-K S. 7.

¹⁸²⁸ Zu den Mitgliedstaaten, die hiervon Gebrauch gemacht haben, zählen Bulgarien, Zypern, Tschechien, Dänemark, Estland, Finnland, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Malta, die Niederlande, Polen, Portugal, die Slowakei, Slowenien und das Vereinigte Königreich; vgl. KPMG, Machbarkeitsstudie, S. 7 (mit Fn. 1), 8, 148 f., 321 f., 372 ff.; Lanfermann/Richard, BB 2008, 1610, 1612 (mit Fn. 34).

betreffende Bilanz aufgestellt wird. In seinen Erläuterungen zu Art. 21 SPE-VOE-K sprach der Verordnungsgeber schlicht von der Bilanzrichtlinie bzw. der IAS-Verordnung,¹⁸²⁹ ohne Anwendungsbesonderheiten anzudeuten.

Dies könnte dahin zu verstehen sein, dass nationale Spezifika nicht zu berücksichtigen sind. Für die Geltung nationaler Besonderheiten sprechen aber das Gleichbehandlungsgebot und der vom Verordnungsgeber intendierte Gläubigerschutz.¹⁸³⁰ Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, ob die Sondervorschriften international-privatrechtlich als gesellschafts- oder bilanzrechtlich zu qualifizieren sind. Folglich ergibt die systematisch-teleologische Auslegung des Art. 26 SPE-VOE-HU, dass für die Ausschüttungsbemessung bei der SPE auch ggf. bestehende nationale Besonderheiten gelten.¹⁸³¹

Solche Besonderheiten bestehen häufig in Bezug auf IFRS-Bilanzen. IFRS-Bilanzen werden im Zusammenhang mit Ausschüttungen vielfach mit Skepsis betrachtet, weil nach den IFRS anders als z. B. nach dem HGB nicht nach dem Vorsichtsprinzip, sondern nach dem Informations- bzw. *true and fair view*-Prinzip Rechnung gelegt wird. Daher werden IFRS-Abschlüsse in Deutschland als Ausschüttungsgrundlage nicht anerkannt.¹⁸³² Andere Mitgliedstaaten schreiben ausschüttungsspezifische Korrekturen in IFRS-Bilanzen vor.¹⁸³³ IFRS-Abschlüsse sind also bei der SPE für die Ausschüttungsbemessung ausgeschlossen oder zu modifizieren, wenn sie bei den nationalen Rechtsformen ausgeschlossen oder zu modifizieren sind.¹⁸³⁴

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass Grundlage für Ausschüttungen der Tochter-SPE eine Bilanz ist, die nach den durch das BilMoG fortentwickelten HGB-Rechnungslegungsstandards aufgestellt wurde.¹⁸³⁵ Eine IFRS-Bilanz darf ebenso wie bei deutschen Rechtsformen¹⁸³⁶ zur Ausschüttungsbemessung nicht herangezogen werden. Das ergibt eine systematisch-teleologische Auslegung des SPE-VOE-HU.

(iii) Ausschüttungssperren

Fraglich ist, welche Ausschüttungssperren der Verordnungsgeber für Ausschüttungen im Allgemeinen und für Zwischendividenden im Besonderen vorsieht.

(C) Schutz eines Sockelbetrags

Für Ausschüttungen im Allgemeinen könnte eine erste Ausschüttungssperre aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 und 4 SPE-VOE-HU folgen. Danach sind Ausschüttungen verboten, „wenn bei Abschluss des letzten Geschäftsjahres das im

¹⁸²⁹ SPE-VOE-K Begründung S. 8 f.; hierzu ausführlich Meller, Gläubigerschutz, S. 166 ff.

¹⁸³⁰ Vgl. Kapitel 4 E. IV.

¹⁸³¹ Zu der Frage, ob die nach nationalem Recht gebildeten Rücklagen ausschüttungsfähig sind, Jung, BB 2010, 1233, 1237; dies., EWS 2012, 25, 27; Krejci, in: FS Hüffer, S. 501, 514; Culmann, SPE in der Krise, S. 44; Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 154; Klorusová, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 189, 209 f.

¹⁸³² So die h. M., vgl. von der Laage/Reusch, NZG 2009, 245, 247 ff.; Hennrichs, ZGR 2008, 361, 379 f; relativierend Veil, in: ZGR-Sonderheft 2006, 91, 117.

¹⁸³³ Zu diesen Mitgliedstaaten zählen Dänemark, Griechenland, Irland, Italien, Malta, die Niederlande und das Vereinigte Königreich; vgl. KPMG, Machbarkeitsstudie, S. 7 (mit Fn. 2), 8, 148 f., 321 f., 372 ff.; Lanfermann/Richard, BB 2008, 1610, 1612 (mit Fn. 34).

¹⁸³⁴ A. A. wohl Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 155.

¹⁸³⁵ Wohl auch Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 331.

¹⁸³⁶ Von der Laage/Reusch, NZG 2009, 245; Winkeljohann/Morich, BB 2009, 1630, 1633.

Jahresabschluss der SPE ausgewiesene Nettoaktivvermögen den Betrag des Stammkapitals zuzüglich der kraft Satzung nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen unterschreitet oder durch eine solche Ausschüttung unterschreiten würde“. Nach Abschluss des Geschäftsjahres eingetretene Änderungen des Stammkapitals und der ausschüttungsgespernten Rücklagen sind zu berücksichtigen.¹⁸³⁷ Damit lehnt sich der Verordnungsgeber stark an Art. 15 Abs. 1 lit. a und b Kapitalrichtlinie an.¹⁸³⁸ Auch hier stellt er allerdings die Privatautonomie in den Vordergrund, indem Art. 21 SPE-VOE-HU anders als Art. 15 Abs. 1 lit. a Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 17 Abs. 1 Kapitalrichtlinie n. F. die Sperrung von Rücklagen nur bei entsprechenden Satzungsregelungen annimmt.¹⁸³⁹ Damit zeigt sich der SPE-VOE-HU liberaler als der auch gesetzliche Rücklagen umfassende § 5a GmbHG für die UG, obwohl die SPE ein ebenso niedriges Stammkapital aufweisen darf. Mit der ersten Ausschüttungssperre ähnelt der Kapitalschutz im SPE-Konzern sehr stark demjenigen im faktischen GmbH-Konzern nach § 30 GmbHG.¹⁸⁴⁰ Folglich liegt eine erste Ausschüttungssperre darin, dass Art. 21 Abs. 1 S. 1 und 4 SPE-VOE in Anlehnung an die Kapitalrichtlinie einen Sockelbetrag schützt.

(D) Begrenzung auf den Bilanzgewinn

Aus Art. 21 Abs. 2 SPE-VOE-HU könnte sich eine zweite Ausschüttungssperre ergeben. Danach sind Ausschüttungen ebenso wie nach Art. 15 Abs. 1 lit. c Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 17 Abs. 3 Kapitalrichtlinie n. F. der Höhe nach auf den Bilanzgewinn begrenzt.¹⁸⁴¹ Mithin ist das Ausschüttungsregime strenger als dasjenige nach § 30 GmbHG und ähnelt demjenigen bei der AG nach § 57 AktG.¹⁸⁴² Die Einschränkungen fallen im Vergleich zur AG nur insofern geringer aus, als lediglich das Stammkapital und nicht auch das freie Kapital geschützt wird. Folglich ergibt sich aus Art. 21 Abs. 2 SPE-VOE-HH in Anlehnung an die Kapitalrichtlinie eine zweite Ausschüttungssper-

¹⁸³⁷ Vgl. zum SPE-VOE-HU *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 573; *Jung*, EWS 2012, 25, 27 f.; zum SPE-VOE-SE *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 340; *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 106 f.; *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 154; zum SPE-VOE-CZ *Meller*, Gläubigerschutz, S. 178 f.; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 91, 93; *Jung*, DStR 2009, 1700, 1705 ff.; *Anzinger*, BB 2009, 2606, 2609; da der SPE-VOE-K nur ausschüttungsgespernte Rücklagen erwähnt hatte, war dies zuvor umstritten, vgl. *Jung*, DStR 2009, 1700, 1701; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 169, 206 f.; *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 900 – These 26; *Greulich/Rau*, DB 2008, 2691, 2692; *Peters/Wüllich*, DB 2008, 2179, 2182; wohl auch *deErice/Gaude*, DStR 2009, 857, 861; offenbar einschränkend *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 38 f., 110; ebenso *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 906; ebenso *Krejci*, in: FS Hüffer, S. 501, 513 f.; dagegen *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 932; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 79 f.; *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574, 1576; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 147 (mit Fn. 29), 149; *Hennrichs*, NZG 2009, 921, 926.

¹⁸³⁸ A. A. *Jung*, Kapitalverfassung, S. 169 – Art. 16 Kapital-RL.

¹⁸³⁹ Im Ergebnis wohl wie hier *Jung*, Kapitalverfassung, S. 168 ff., 196 ff., 202 ff.; vgl. auch *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 339 f.; zu Art. 15 Kapitalrichtlinie a. F. vgl. *Veil*, in: ZGR-Sonderheft 2006, 91, 94, 95 – „klar und rechtssicher“; *Cahn/v.Spannenberg*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 57 Rn. 3; *Habersack*, in: MüKo-AktG, Einl. Rn. 143 (mit Fn. 1); *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 128 f.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 80 ff.; a. A. zu SPE-VOE-SE *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 154 – analoge Anwendung auf gesetzliche Ausschüttungssperren.

¹⁸⁴⁰ Ebenso zu Art. 15 Abs. 1 lit. a Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 17 Abs. 1 Kapitalrichtlinie n. F. *Klinke*, in: Heidel/Aktienrecht, Kap. G. III. Rn. 345 ff.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20 Rn. 80.

¹⁸⁴¹ *Gewinn- und Verlustrechnungstest* bzw. *earned surplus test*; kritisch *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 118 f.; relativierend *Culmann*, SPE in der Krise, S. 44 f.

¹⁸⁴² Ebenso zu Art. 15 Abs. 1 lit. c Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 17 Abs. 3 Kapitalrichtlinie n. F. *Klinke*, in: Heidel/Aktienrecht, Kap. G. III. Rn. 345 ff.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20 Rn. 81.

re.¹⁸⁴³

(E) Besonderheiten bei Zwischendividenden

Für Zwischendividenden stellt Art. 21 Abs. 3 (ii) SPE-VOE-HU in Anlehnung an Art. 15 Abs. 2 lit. b Kapitalrichtlinie¹⁸⁴⁴ entsprechende Anforderungen auf.¹⁸⁴⁵ Im Übrigen sieht Art. 21 Abs. 3 (i) SPE-VOE-HU lediglich vor, dass *genügend Mittel* zur Verfügung stehen müssen. Aus der Vorschrift könnte sich ergeben, dass der Verordnungsgeber Zwischendividenden einem weniger strengen Regime als Jahresdividenden nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU und einem anderen Regime als nach Art. 15 Kapitalrichtlinie unterstellt. Hierfür könnte sprechen, dass Art. 21 Abs. 1 S. 1 SPE-VOE-HU parallel zu Abs. 2 S. 2 von der „*letzten festgestellten Bilanz*“ spricht und Abs. 3 Zwischendividenden den „*nachfolgenden Bestimmungen*“ unterwirft.¹⁸⁴⁶ Andererseits schreibt die allgemeine Vorschrift in Art. 11 Abs. 2 lit. d SPE-VOE-HU vor, dass Angaben dazu veröffentlicht werden müssen, „*ob Ausschüttungen auf der Grundlage eines Bilanztests nach Artikel 21 Absatz 1 und/oder einer Solvenzbescheinigung nach Artikel 21 Absatz 4 erfolgen*“. Das spricht dafür, dass bei der Erstellung des SPE-VOE-CZ schlicht vergessen wurde, Abs. 1 S. 2 entsprechend zu ergänzen. Das würde bedeuten, dass Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU eine allgemeine Vorschrift für Ausschüttungen darstellt und sich daher die Frage, ob *genügend Mittel* im Sinne von Art. 21 Abs. 3 (i) SPE-VOE-HU zur Verfügung stehen, nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU bestimmt. Auch die allgemein gehaltene Verordnungsbegründung¹⁸⁴⁷ spricht dafür, dass der Unionsgesetzgeber Zwischendividenden abgesehen von dem Erfordernis, dass an eine Zwischenbilanz anzuknüpfen ist, denselben Anforderungen unterstellen wollte wie andere Ausschüttungen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Verordnungsgeber Zwischendividenden einem weniger strengen Regime als Jahresdividenden und einem anderen Regime als nach der Kapitalrichtlinie unterstellen sollte. Mithin ist Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU als allgemeine, grundsätzliche Regelung zum Bilanztest anzusehen, an die die Regelungen in Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 (ii) SPE-VOE-HU bloß anknüpfen. Wann *genügend Mittel* für eine Zwischendividende zur Verfügung stehen, bestimmt sich nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU.¹⁸⁴⁸

(F) Zwischenfazit: Zwei bilanzbasierte Ausschüttungssperren

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass der Verordnungsgeber in Anlehnung an die Kapitalrichtlinie¹⁸⁴⁹ für Ausschüttungen im Allgemeinen und für Zwischendividenden im Besonderen jeweils zwei bilanzbasierte Ausschüttungssperren vorsieht.¹⁸⁵⁰ Als erste Ausschüttungssperre ist ein Sockelbetrag geschützt. Die Effizienz wird im SPE-Konzern aber vorwiegend durch die zweite Ausschüttungssperre gemindert, die Ausschüttungen auf den Bilanzgewinn begrenzt.

¹⁸⁴³ Auf Basis des SPE-VOE-SE im Ergebnis auch *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 154; *Klorusová*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 189, 209,

¹⁸⁴⁴ *Abschlagzahlungen; interim dividends; d'acomptes sur dividendes*; zu Art. 15 Abs. 2 Kapitalrichtlinie *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 188 ff.

¹⁸⁴⁵ Vgl. Art. 21 Abs. 2, Abs. 3 SPE-VOE-HU; vgl. auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 162 f., 165; zu Art. 15 Abs. 2 Kapitalrichtlinie *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarkrecht, § 20 Rn. 83.

¹⁸⁴⁶ So offenbar *Jung*, EWS 2012, 25, 29.

¹⁸⁴⁷ Vgl. SPE-VOE-HU Begründung 11 (S. 11).

¹⁸⁴⁸ A. A. wohl *Jung*, EWS 2012, 25, 29 f.

¹⁸⁴⁹ Vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarkrecht, § 20 Rn. 85.

¹⁸⁵⁰ *Bilanztest bzw. balance sheet test*.

(iv) Einschränkung der Auslegung bei konzerninternen Geschäften

Indem der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 lit. c SPE-VOE-HU auffangend „auf jedem anderen Wege“ zugewandte Vermögensvorteile als Ausschüttung definiert, umfasst er jeglichen Vermögenstransfer der SPE an einen Gesellschafter.¹⁸⁵¹ Unter dieser Prämisse würden jegliche Transaktionen im Konzern einen Bilanztest und einen zu veröffentlichenden Gesellschafterbeschluss erfordern.¹⁸⁵² Verdeckte Ausschüttungen wären unzulässig. Betroffen wären auch Gewährungen und Rückzahlungen von Darlehen sowie die Teilnahme an einem *cash pooling*-System, sofern die Vermögenszuwendung an einen Gesellschafter erfolgt. Indem Vorratsbeschlüsse ein Ausschüttungsvolumen nur begrenzen, aber nicht vorhersehend beziffern können, können sie die an einen Bilanz- bzw. Solvenztest gestellten Anforderungen nicht erfüllen.¹⁸⁵³ Die Verordnungsregelungen wären im SPE-Konzern also in höchstem Maße unpraktikabel, fasste man jeglichen Vermögenstransfer an Gesellschafter unter den Ausschüttungsbegriff.¹⁸⁵⁴

Dass unter Art. 2 Abs. 1 lit. c SPE-VOE-HU jedweder Vermögenstransfer fällt, könnte daraus folgen, dass der Unionsgesetzgeber den Parlamentsvorschlag zur Ergänzung „*der nicht durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch ausgeglichen ist*“ nicht übernommen hat.¹⁸⁵⁵ Andererseits möchte der Verordnungsgeber laut Verordnungsbegründung¹⁸⁵⁶ die Gläubiger lediglich vor „*unverhältnismäßigen*“ Ausschüttungen schützen.¹⁸⁵⁷ Das spricht für eine nicht streng formale, sondern wertende und abwägende Betrachtung.¹⁸⁵⁸ Einschränkungen des Ausschüttungsbegriffs könnten sich daraus ergeben, dass Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU fordert, dass der Ausschüttungsempfänger einen „*finanziellen Vorteil [...] aufgrund der von ihm gehaltenen Geschäftsanteile*“ erlangt.

Fraglich ist zunächst, was der Unionsgesetzgeber unter einem „*finanziellen Vorteil*“¹⁸⁵⁹ verstanden wissen möchte. Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU nennt sogar die „*Übertragung von Geld*“ als ein Regelbeispiel für Ausschüttungen. Folglich könnte jeder Zufluss von Liquidität einen finanziellen Vorteil darstellen.¹⁸⁶⁰ Andererseits bedarf es keines aufwändigen Kapitalschutzes, wenn die SPE trotz etwaigen Liquiditätsabflusses im Ergebnis keine Vermögenseinbuße erleidet.¹⁸⁶¹ Außerdem bezweckt der Unionsgesetzgeber mit dem SPE-VOE-HU nicht nur einen Gläubiger- und Minderheitenschutz, sondern möchte auch die Effizienz im Konzern steigern.¹⁸⁶² Fehlt

¹⁸⁵¹ So auch Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 301 f.; Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 153; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR, 2008, 879, 906 f.; Jung, Kapitalverfassung, S. 186 f., 190 ff., 297, 305; offenlassend Klorusová, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 189, 207.

¹⁸⁵² Vgl. unter vorstehend (e) und (f).

¹⁸⁵³ Ähnlich Jung, Kapitalverfassung, S. 300.

¹⁸⁵⁴ So auch Jung, Kapitalverfassung, S. 300 ff.

¹⁸⁵⁵ A. A. Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 306 f. (mit Fn. 916, 919).

¹⁸⁵⁶ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 11 (S. 11).

¹⁸⁵⁷ So auch Jung, Kapitalverfassung, S. 188 f., 257.

¹⁸⁵⁸ Zum Ziel eines effektiven Minderheitenschutzes vgl. z. B. SPE-VOE-HU Erwägungen 7a (S.9), 9 (S. 11), 13 (S. 12), 12 (S. 15), Art. 5b Abs. 9, Art. 9 Abs. 2 litt. m und ma, Art. 14 Abs. 3, Art. 28 Abs. 2, Art. 29, Art. 30, Art. 37 Abs. 5.

¹⁸⁵⁹ Bzw. *financial benefit* bzw. *avantage financier*.

¹⁸⁶⁰ So Jung, Kapitalverfassung, S. 186 f., 190 ff., 297, 305.

¹⁸⁶¹ Ebenso Hadding/Kießling, WM 2009, 145, 149 (mit Fn. 39); Teichmann, SR 2008, 392; ders., RIW 2010, 120, 126; Wicke, GmbHR 2011, 566, 573; Culmann, SPE in der Krise, S. 40, 77 f.; Parlament, Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft und Währung vom 3. Dezember 2008, Änderungsantrag 11 zu Art. 2 SPE-VOE-K; Parlamentsbericht 2009, Änderungsantrag 0 zu Art. 2 SPE-VOE-K.

¹⁸⁶² Vgl. Kapitel 2 B., C., H.

es an Vermögenseinbußen der SPE, stünde der beträchtliche Zeit- und Kostenaufwand der Erreichung des Effizienzziels ebenso entgegen wie die weitreichende Publizität und das latente Haftungsrisiko für Gesellschafter und Geschäftsleiter.¹⁸⁶³ Außerdem wäre ein konzerninternes Finanz- und Liquiditätsmanagement mit Blick auf den engen Rahmen für unterjährige Ausschüttungen¹⁸⁶⁴ rechtlich allenfalls in stark eingeschränktem Maße möglich, wenn jedes konzerninterne Geschäft als Ausschüttung deklariert würde. Mithin verschafft eine Vermögenszuwendung nur dann einen „*finanziellen Vorteil*“, wenn die SPE keinen vollwertigen Rückzahlungsanspruch bzw. gleichwertigen Gegenleistungsanspruch erlangt, bzw. wenn die SPE keinen vollwertigen Rückzahlungsanspruch tilgt, bzw. wenn die Transaktion einem Drittvergleich nicht standhält.¹⁸⁶⁵

Außerdem ist fraglich, wann die in Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU für Ausschüttungen geforderte *causa societatis* gegeben ist. Die bloße Tatsache, dass zwischen den Parteien ein Gesellschafterverhältnis besteht, indiziert noch nicht, dass der Mittelzufluss *aufgrund der* vom Zuwendungsempfänger *gehaltenen Geschäftsanteile* erfolgt. Vielmehr sind grundsätzlich die Umstände des Leistungstransfers entscheidend. Ist das Geschäft bilanziell unausgewogen bzw. nicht drittüblich, ist unwiderleglich zu vermuten, dass die Vermögenszuwendung „*aufgrund der von [...] gehaltenen Geschäftsanteile*“ erfolgt.¹⁸⁶⁶ In allen anderen Fällen sprechen allerdings die im Zusammenhang mit der *finanziellen Vorteilhaftigkeit* angestellten Überlegungen dafür, das Vorliegen einer Ausschüttung zu verneinen. Folglich ist der Begriff der *causa societatis* ebenso einschränkend auszulegen wie der Begriff des finanziellen Vorteils.¹⁸⁶⁷

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass unter den Ausschüttungsbegriff in Art. 2 Abs. 1 lit. c SPE-VOE-HU nicht jeglicher Vermögenstransfer fällt. Vielmehr sind Ausschüttungen nur bei solchen Transaktionen zu bejahen, in deren Zuge die SPE keinen vollwertigen Rückzahlungsanspruch bzw. gleichwertigen Gegenleistungsanspruch erlangt, die SPE keinen vollwertigen Rückzahlungsanspruch tilgt, oder die unter fremden Dritten nicht oder nicht so vorgenommen worden wären.¹⁸⁶⁸ Das führt grundsätzlich zu gleichen Ergebnissen wie nach § 30 Abs. 1 S. 2

¹⁸⁶³ Allgemein in dieselbe Richtung *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 313, 326; EMCA-Gruppe, dazu Conac, ECFR-Vortrag, slide 14; zu den Haftungsfragen vgl. Kapitel 5 C. II. 3.

¹⁸⁶⁴ Vgl. unter vorstehend (c).

¹⁸⁶⁵ Ebenso Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 153; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 306 f. (mit Fn. 916, 919); Hommelhoff/Teichmann, GmbHR, 2008, 879, 906 f.; a. A. Jung, EWS 2012, 25, 26 (mit Fn. 5); dies., Kapitalverfassung, S. 186 f., 190 ff., 297, 305; offenlassend Klorusová, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 189, 207.

¹⁸⁶⁶ Ebenso im Hinblick auf den bilanziellen Aspekt Hommelhoff, ZHR 173 (2009), 255, 274 f., 278 ff.; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 906 f.; dies., GmbHR 2010, 337, 340; Pfennig, Gläubigerschutz, S. 72 ff.; Jung, EWS 2012, 25, 26 f. (mit Fn. 5); dies., Kapitalverfassung, S. 186 f., 188 f., 190 ff., 257, 297, 305; Teichmann, RIW 2010, 120, 126; Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2008, 897, 900 – These 27; Culmann, SPE in der Krise, S. 77; mit dem entsprechenden Gedankengang im deutschen GmbH-Recht Servatius, in: Beck'scher OK-GmbHG, Systemat. Darstellung Konzernrecht Rn. 523.2.

¹⁸⁶⁷ Ebenso Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 153; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR, 2008, 879, 906 f.; offenlassend Klorusová, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 189, 207; ebenfalls in Richtung einer einheitlichen Betrachtung das englische Recht, vgl. sec. 829 (1) CA 2006: „*In this Part 'distribution' means every description of distribution of a company's assets to its members, whether in cash or otherwise.*“.

¹⁸⁶⁸ Ebenso Teichmann, RIW 2010, 120, 126; ders., SR 2008, 392; Hommelhoff/ders., GmbHR, 2008, 879, 906 f.; Schutte-Veenstra/Verbrugh, in: ECFR 2013, pp. 263, 279; Cannivé/Seebach, GmbHR 2009, 519, 524; Salomon, Regelungsaufträge, S. 36 ff., 119 f.; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 301 f., 306 f. (mit Fn. 916, 919); Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2008, 897, 900 – These 27; Kneisel, SPE im Konzern, S. 235 ff., 261 f., 264 f., 285; Kalss, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 153; offenbar auch Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme, S. 5 (Rn. 8); Maschke, Gläubigerschutz, S. 107 mit Fn. 422, S. 167 f.; ebenso BDI/BDA, Stellungnahme, S. 4; relativierend Brems/Cannivé, Der Kon-

Halbsatz 2 GmbHG.¹⁸⁶⁹ Liegt keine Ausschüttung vor, darf die Geschäftsleitung der SPE die Maßnahme grundsätzlich ohne Einholung eines Gesellschafterbeschlusses vornehmen.¹⁸⁷⁰

Bei der Gewährung aufsteigender Darlehen durch eine SPE kommt es also auf die voraussichtliche Rückzahlungsfähigkeit und -bereitschaft ebenso an wie auf eine daran gemessene Verzinsung und gegebenenfalls Besicherung des Darlehensanspruchs.¹⁸⁷¹ Einzelheiten beim Zusammenspiel dieser verschiedenen Komponenten müssen freilich noch geklärt werden.¹⁸⁷² Sicherlich sind die im Konzern drohenden Klumpenrisiken und Dominoeffekte zu berücksichtigen, erst recht beim Anschluss an ein *cash pooling* System.

Falls sich die bei Gewährung eines *upstream loans* bzw. Anschluss an einen *cash pool* ursprünglich herrschenden Umstände später verschlechtern und die Maßnahme nunmehr als Ausschüttung zu qualifizieren ist, muss das unionsrechtliche Ausschüttungsprozedere zum Verschlechterungszeitpunkt erstmals durchgeführt werden. Daher empfiehlt es sich, ein effektives System für die laufenden Informationen und für Reaktionsmöglichkeiten bei einer Verschlechterung der Umstände einzurichten.¹⁸⁷³

(f) Solvenzttest

(i) Inhalt und Verfahren des Solvenztests

Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU gewährt den Mitgliedstaaten des Satzungssitzes das Wahlrecht, einen Solvenzttest einzuführen. Machen sie von diesem Wahlrecht Gebrauch, muss das Geschäftsführungsorgan fünfzehn Tage vor dem nach Art. 28 Abs. 1 lit. e SPE-VOE-HU zu fassenden Gesellschafterbeschluss den Gesellschaftern eine unterzeichnete, schriftliche „*Solvenzbescheinigung*“¹⁸⁷⁴ vorlegen, die anschließend nach dem in Umsetzung der Publizitätsrichtlinie erlassenen nationalen Rechtsvorschriften zu veröffentlichen ist. Die Solvenzbescheinigung muss die Bestätigung enthalten, dass „*die Geschäftsführer nach umfassender Prüfung der Geschäfte und der geschäftlichen Aussichten der SPE zu der begründeten Auffassung gelangt sind, dass die SPE in dem auf die Ausschüttung*

zern 2008, 629, 634 f.; ebenso *Greulich/Rau*, DB 2008, 2691, 2692; *Greulich*, Der Konzern 2009, 229, 232; unklar *Meller*, Gläubigerschutz, S. 155 ff.; vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 88, Rn. 87; a. A. *Jung*, EWS 2012, 25, 26 f. (mit Fn. 5); *Fleischer*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Finanzierung Rn. 80; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 359 ff., 373; *Fleischer/Schneider/Thaten*, NZG 2012, 801, 804; offenlassend *Klorusová*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 189, 207; wie hier im Hinblick auf den GmbH-Konzern *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535, 545; ähnlich hier zu Art. 15 Kapitalrichtlinie a. F. *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 185; *Bezenberger*, Das Kapital der Aktiengesellschaft, S. 259 ff.; a. A. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 20 Rn. 82; *Veil*, WM 2003, 2169, 2171; *ders.*, Unternehmensverträge, S. 165 f.; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 41 f.; zum englischen Recht *Bezenberger*, Das Kapital der Aktiengesellschaft, S. 264; zur SUP vgl. *Drygala*, EuZW 2014, 491, 495 f.

¹⁸⁶⁹ Ähnlich *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 306 f. (mit Fn. 916, 919); enger *Jung*, Kapitalverfassung, S. 297; skeptisch vornehmlich in Bezug auf Halbsatz 1 *Pentz*, in: FS K. Schmidt, S. 1265, 1268 (mit Fußn. 14); *Habersack*, in: FS Schaumburg, S. 1291, 1297; *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 57 Rn. 111; zur SUP vgl. *Drygala*, EuZW 2014, 491, 495 f.

¹⁸⁷⁰ Ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 299 f.

¹⁸⁷¹ Ähnlich *Jung*, Kapitalverfassung, S. 297 f., 301 (mit Fn. 1017), 302 f.

¹⁸⁷² Zu der entsprechenden Diskussion im deutschen Recht *Wicke*, GmbHG, § 30 Rn. 8 ff.; *Altmeyden*, in: Roth/ders./GmbHG, § 30 Rn. 70 ff.; *Ekkenga*, in: MüKo-GmbHG, § 30 Rn. 229 ff.; *Heidinger*, in: Michalski/GmbHG, § 30 Rn. 183 ff.; *T. Fleischer*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 30 GmbHG Rn. 3 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 30 Rn. 33.

¹⁸⁷³ Ähnlich *Jung*, Kapitalverfassung, S. 297 f., 301 (mit Fn. 1017), 302 f.; *Hommelhoff*, ZHR 173 (2009), 255, 274 f.

¹⁸⁷⁴ Bzw. „*solvency statement*“ bzw. „*certificat de solvabilité*“.

folgenden Jahr in der Lage sein wird, ihre Schulden bei deren Fälligkeit im Rahmen ihrer normalen Geschäftstätigkeit zu begleichen“.

(ii) Flankierendes oder alternatives Solvenztesterfordernis

Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen Ausschüttungen der Tochter-SPE auch von einem Solvenzttest abhängen können.

Nach dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 lit. d SPE-VOE-HU müssen die Unternehmen veröffentlichen, ob Ausschüttungen bei ihnen auf Bilanztests „und/oder“ auf Solvenzttest beruhen. Hieraus ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten den Solvenzttest entweder flankierend oder alternativ zum Bilanztest nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU vorschreiben können. Die historische Auslegung könnte dieses Auslegungsergebnis unterstreichen. Nachdem Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU noch vorgesehen hatte, dass der Solvenzttest zusätzlich zu den in Abs. 1 bis 3 festgelegten Anforderungen vorgeschrieben werden kann, ist dieser Zusatz seit dem SPE-VOE-SE gestrichen. Der SPE-VOE-HU regelt den Solvenzttest detailliert. Damit signalisiert der Verordnungsgeber, dass er im Interesse des *effet utile*¹⁸⁷⁵ zu große Divergenzen und komplizierte Zerfaserungen zwischen SPEs unterschiedlicher Provenienz verhindern möchte. Vielmehr sollen unionsweit für das Kapitalerhaltungsregime nur drei Varianten in Betracht kommen: Der alleinige Bilanztest, der alleinige Solvenzttest oder ein kombinierter Bilanz- und Solvenzttest, und zwar jeweils unter Zugrundelegung der Vorstellungen des Unionsgesetzgebers.¹⁸⁷⁶ Aufgrund der detaillierten Verordnungsregelungen müssen sich die Mitgliedstaaten auf eine schlichte *opt in*-Regelung beschränken und haben keinen Spielraum für weitergehende Vorgaben zum Solvenzttest.¹⁸⁷⁷ Mithin unterstreicht die historische Auslegung des SPE-VOE-HU das bei der Wortlautauslegung gefundene Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten den Solvenzttest entweder flankierend oder alternativ zum Bilanztest nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU vorschreiben können.¹⁸⁷⁸

Das Konzept des Verordnungsgebers ist insofern revolutionär, als allgemein noch immer heftig umstritten ist, ob eine bilanzgestützte oder situative Ausschüttungssperre oder gar eine Kombination aus beidem am sachgerechtesten ist.¹⁸⁷⁹ Deutschland hat sich im Rahmen des MoMiG mit der Beibehaltung von § 30 GmbHG und Einführung von § 64 S. 3 GmbHG für eine Kombinationslösung entschieden.¹⁸⁸⁰ Der englische Gesetzgeber im Zuge des CA 2006¹⁸⁸¹ und der europäische Gesetzgeber mit Blick auf die Kapitalrichtlinie¹⁸⁸² sind demgegenüber bei der

¹⁸⁷⁵ Vgl. dazu ausführlich Kapitel 2 H.

¹⁸⁷⁶ Vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 85.

¹⁸⁷⁷ A. A. *Jung*, EWS 2012, 25, 28 f.; in engen Grenzen auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 85.

¹⁸⁷⁸ Jeweils a. A. auf Basis des SPE-VOE-HU bzw. SPE-VOE-SE *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 155; *Klorusová*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 189, 203; *Schutte-Veenstra/Verbrugh*, in: ECFR 2013, pp. 263, 278; *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 43 Rn. 85, 92; *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 573; *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 106 ff.; *Freudenberger*, NZG 2010, 527, 528; *Schmidt*, in: Aktuelles GmbH-Recht, S. 8, 36; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 36, 210 f.; wohl auch *Culmann*, SPE in der Krise, S. 49; zum SPE-VOE-K bzw. SPE-VOE-CZ *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 38 f., 109, 111; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 81 f., 91; *Jung*, DStR 2009, 1700, 1706; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 165 ff.; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 341 ff., 351 ff.

¹⁸⁷⁹ Vgl. z. B. *Veil*, ZGR-Sonderheft 2006, 91 ff.; *Hennrichs*, ZGR 2008, 361 ff.; *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 108 ff.; *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 5 f.

¹⁸⁸⁰ Zu § 64 S. 3 GmbHG vgl. unter nachstehend D. II. 1. a) (3).

¹⁸⁸¹ Vgl. *Hannigan*, Company Law, mn. 20-123 et seq. pp. 551 et seq.; *Davies*, Company Law, pp. 84 et seq.

¹⁸⁸² Vgl. *Fischer zu Cramburg*, NZG 2008, 223.

Bilanzlösung geblieben und haben sich gegen die Einführung eines Solvenztests ausgesprochen. Ein alleiniger Solvenztest ist soweit ersichtlich noch in keinem der EU-Mitgliedstaaten vorgesehen. Der SPE-VOE-HU zeigt sich gestaltungsoffen in jede der drei Richtungen. Nachdem bereits empfohlen worden war, die Kapitalrichtlinie um einen Solvenztest zu ergänzen,¹⁸⁸³ nimmt der SPE-VOE-HU im Europäischen Gesellschaftsrecht insofern eine Vorreiterrolle ein.

Bei Zwischendividenden könnte dasselbe Regime wie bei sonstigen Ausschüttungen herrschen. Art. 21 Abs. 3 (i) SPE-VOE-HU nimmt auf Abs. 4 Bezug, der mithin direkt gilt.¹⁸⁸⁴ Fraglich ist, wann danach *genügend Mittel* für eine Zwischendividende zur Verfügung stehen. Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU spricht allgemein von Dividenden und erfasst damit auch Zwischendividenden. Auch zeigt seine systematische Stellung hinter Art. 21 Abs. 1 bis 2 SPE-VOE-HU, dass er für alle dort geregelten Fälle gelten soll. Wie auch beim Bilanztest darf die Eingangsformulierung von Art. 21 Abs. 3 SPE-VOE-HU nicht überinterpretiert werden.¹⁸⁸⁵ Mithin hängt die Beantwortung der Frage, ob *genügend Mittel* für eine Zwischendividende zur Verfügung stehen, je nach Fall zusätzlich oder alternativ zum Bilanztest vom Ausgang eines mitgliedstaatlich geforderten Solvenztests ab.¹⁸⁸⁶

Dass Ausschüttungen einem einheitlichen Regime unterfallen sollen, unterstreichen auch die allgemeinen Gegenüberstellungen von Bilanztest und Solvenztest in Art. 11 Abs. 2 lit. d SPE-VOE-HU und in Erwägung 11 SPE-VOE-HU. Außerdem hat der Ordnungsgeber bei der Gestaltung von Art. 21 Abs. 3 SPE-VOE-HU schlicht die Kapitalrichtlinie abgeschrieben. Getreu dem *Grundsatz der verordneten Selbststeuerung* hat er einzig die Satzung anstelle des mitgliedstaatlichen Rechts als Legitimationsgrundlage für Zwischendividenden vorgesehen. Die Kapitalrichtlinie aber kennt den Solvenztest gar nicht. Daher ist nicht anzunehmen, dass der Ordnungsgeber bei der Übernahme der Kapitalrichtlinienvorschriften eine Negativaussage zum Solvenztest treffen wollte, obwohl er selbst gleichzeitig Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU ins Leben ruft. Auch der *effet utile*¹⁸⁸⁷ spricht dafür, dass der Unionsgesetzgeber ein einheitliches Regime für Zwischendividenden und sonstigen Ausschüttungen vorsieht. Bei Zwischendividenden herrscht folglich dasselbe Regime wie bei sonstigen Ausschüttungen.¹⁸⁸⁸

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass Ausschüttungen der Tochter-SPE ausnahmsweise auch von einem Solvenztest abhängen können. Denn der Ordnungsgeber stellt den Mitgliedstaaten mit Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU anheim, mit ihren SPE-Ausführungsgesetzen einen zu veröffentlichenden Solvenztest zu verlangen.¹⁸⁸⁹ Die Entwurfsauslegung ergibt, dass das Wahlrecht auch für Zwischendividenden gilt. Sollte sich Deutschland am SPE-Projekt beteiligen, ist allerdings davon abzuraten, von dem Wahlrecht Gebrauch zu machen.

(iii) Einschränkung der Auslegung bei konzerninternen Geschäften

Schreibt der Domizilstaat der ausschüttenden SPE nach Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU flankierend oder alternativ

¹⁸⁸³ Lutter, in: ZGR-Sonderheft 2006, 1, 14.

¹⁸⁸⁴ A. A. Jung, EWS 2012, 25, 29 f.

¹⁸⁸⁵ So offenbar im Ergebnis auch Jung, EWS 2012, 25, 29 f.; a. A. wohl Hommelhoff/Teichmann, GmbH 2008, 897, 906.

¹⁸⁸⁶ A. A. Jung, Kapitalverfassung, S. 220 ff. – analoge Anwendung von Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU ist geboten, scheidet aber aus.

¹⁸⁸⁷ Vgl. dazu ausführlich Kapitel 2 H.

¹⁸⁸⁸ Im Ergebnis ebenso Jung, EWS 2012, 25, 29 f.

¹⁸⁸⁹ Vgl. auch SPE-VOE-HU Erwägung 11 (S. 11); zur Anknüpfung an den Satzungs- bzw. Verwaltungssitz vgl. Kapitel 2 G., Kapitel 3 A. I. 1., Kapitel 4 E. I.

zum Bilanztest¹⁸⁹⁰ einen Solvenzttest vor, könnte im Hinblick auf den Solvenzttest ebenso wie beim Bilanztest ein einschränkendes Verständnis des Ausschüttungsbegriffs¹⁸⁹¹ angezeigt sein.

Freilich zielt der Solvenzttest im Gegensatz zum Bilanztest auf den Liquiditätsschutz, und die Liquidität der SPE wird durch den tatsächlichen Mittelabfluss geschmälert. Insofern ist der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter eben nicht ebensogut wie Barvermögen. Allerdings möchte der Ordnungsgeber trotz des weiten Ausschüttungsbegriffs nicht gewöhnliche Verkehrsgeschäfte der Gesellschaft hindern. Er möchte nur diejenigen Transaktionen regeln, die gerade *aufgrund der* vom Zuwendungsempfänger *gehaltenen Geschäftsanteile* erfolgen. Es kommt mithin nicht allein auf die Gesellschafterstellung des Zuwendungsempfängers an, sondern auf die Umstände des Leistungstransfers. Nur wenn die Umstände des Leistungstransfers einem Drittvergleich nicht standhalten, sind besondere Hürden wie diejenige eines Solvenzttests gerechtfertigt.¹⁸⁹² Aus Gründen der Einheitlichkeit im transnationalen SPE-Konzern muss der Ausschüttungsbegriff einheitlich ausgelegt werden, gleich ob lediglich ein Bilanztest oder zusätzlich bzw. alternativ dazu ein Solvenzttest erforderlich ist. Folglich ist der Ausschüttungsbegriff im Hinblick auf ein Solvenzttestanfordernis ebenso einschränkend auszulegen wie im Hinblick auf ein Bilanztestanfordernis.

(g) Ergänzende Anwendung nationalen Rechts?

Fraglich ist allerdings, ob das Unionsrecht die Voraussetzungen für Ausschüttungen von SPEs abschließend regelt, oder ob im Regelungsbereich des SPE-VOE-HU ergänzend nationales Recht gilt. Domiziliert die Tochter-SPE in Deutschland, kommt vor allem die Anwendung von § 30 GmbHG in Betracht.

(i) Anwendung über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU

Zunächst könnte nationales Recht über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU eingreifen.

(A) Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen

Das wäre dann der Fall, wenn die Transaktion als *Geschäft mit nahestehenden Unternehmen und Personen* zu qualifizieren ist und der Satzungsgeber von dem fakultativen Regelungsauftrag in VOE-HU-Anhang I Nr. 19¹⁸⁹³ keinen Gebrauch gemacht hat.

Eine systematisch-teleologische Auslegung des SPE-VOE-HU könnte dagegen sprechen, dass Ausschüttungen in den Regelungsbereich von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 fallen. Zunächst würde es dem im SPE-VOE-HU angelegten Kapital- bzw. Gläubigerschutz widersprechen, wenn man annähme, der Satzungsgeber könne und dürfe ihn durch Satzungsregelung schlicht aushebeln. Indem der SPE-VOE-HU keine konkreten Anhaltspunkte für privatautonome Schutzinstrumente enthält,¹⁸⁹⁴ Ausschüttungen aber Schutzinstrumente erfordern, können Ausschüttungen nicht in den Regelungsbereich von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 fallen. Außerdem hat der Unionsgesetzgeber

¹⁸⁹⁰ Vgl. unter soeben (ii).

¹⁸⁹¹ Vgl. unter vorstehend (e) (iv).

¹⁸⁹² Offenlassend *Drygala*, EuZW 2014, 491, 495 f.

¹⁸⁹³ Vgl. 6 C. II. 3.

¹⁸⁹⁴ Vgl. Kapitel 6 D.

den Regelungsauftrag und die inzwischen gestrichene Ordnungsregelung¹⁸⁹⁵ zu *Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen* sowohl in der SPE-VO als auch in VO-Anhang I in die Abschnitte zur *Organisation der SPE* verortet. Nachdem er im Zuge der Verschlinkung der Regelungen den Rotstift angesetzt hatte, lässt die Stellung von VOE-HU-Anhang I Nr. 19 das nicht mehr so deutlich erkennen. Trotzdem ist davon auszugehen, dass das Verständnis des Ordnungsgebers dasselbe geblieben ist. Es ist nicht anzunehmen, dass der Unionsgesetzgeber einen so zentralen, das Außenverhältnis betreffenden Punkt wie das Kapitalschutzsystem losgelöst von den übrigen diesbezüglichen Regelungen, mitten zwischen Normen vorwiegend zum Innenrecht der SPE aufgehoben wissen wollte. Liegt also eine Ausschüttung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU vor, ist VOE-HU-Anhang I Nr. 19 nicht anwendbar und greift nicht nach Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU nationales Recht ein.

Dagegen könnte nationales Recht dann über Art. 4 Abs. 3 i. V. m. Anhang I Nr. 19 SPE-VOE-HU zur Anwendung kommen, wenn eine Transaktion nicht unter den Ausschüttungsbegriff in Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU zu subsumieren ist.¹⁸⁹⁶ Dies wäre beispielsweise bei Zuwendungen an Schwestergesellschaften oder bei drittüblichen Transaktionsbedingungen der Fall. Gegen ein solches Verständnis sprechen jedoch dieselben Erwägungen, die gegen eine Regelung von Ausschüttungen durch VOE-HU-Anhang I Nr. 19 sprechen.

(B) Zwischendividenden

Im Hinblick auf Zwischendividenden könnte nationales Recht über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU eingreifen, wenn der Satzungsgeber Zwischendividenden auf Basis des fakultativen Regelungsauftrags in VOE-HU-Anhang I Nr. 6 nicht oder nur unzureichend erlaubt.

Nach der Eingangsformulierung von Art. 21 Abs. 3 SPE-VOE-HU gelten die folgenden Bestimmungen der Vorschrift, wenn die Satzung die Auszahlung von Zwischendividenden zulässt. Den umgekehrten Fall, dass nämlich die Satzung Zwischendividenden nicht zulässt, erwähnt der Ordnungsgeber nicht ausdrücklich. Allerdings fällt auf, dass der Unionsgesetzgeber mit seinen ausführlichen materiellen Regelungen zu Zwischendividenden auf seinen ihrerseits ausführlichen allgemeinen Ausschüttungsregelungen aufbaut.¹⁸⁹⁷ Würde für Zwischendividenden nationales Recht zur Anwendung kommen, würde es von den Grundsätzen des Unionsrechts abweichen und es wäre unklar, ob und inwieweit die allgemeinen Ausschüttungsregelungen des SPE-VOE-HU auf den Sonderfall Zwischendividenden zur Anwendung kommen. Außerdem würden die Unterschiede zwischen den nationalen Rechten zu Zersplitterungen im transnationalen SPE-Konzern führen. Beide Effekte widersprächen dem Ziel des Ordnungsgebers, ein unionsweit möglichst einheitliches, einfaches, flexibles SPE-Recht zu schaffen.¹⁸⁹⁸

Vielmehr gibt der Unionsgesetzgeber mit seinen ausführlichen und detaillierten Regelungen in Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU zu erkennen, dass er Ausschüttungen bei der SPE selbst regeln und dadurch einer unionsweit möglichst einheitlichen Regelung zuführen möchte. Indem er dem Satzungsgeber anheimstellt, Zwischendividenden zuzulassen, erfüllt er sein Flexibilitätsversprechen. Handelt es sich bei der Satzungsregelung um eine *opt in*-Regelung für die unionsrechtliche Zulassung von Zwischendividenden, erreicht der Ordnungsgeber außerdem die von ihm gewünschte Einfachheit des SPE-Rechts. Unter dieser Prämisse stellt der Regelungsauftrag in VOE-HU-

¹⁸⁹⁵ Vgl. zuletzt Art. 33 SPE-VOE-CZ.

¹⁸⁹⁶ So im Ergebnis *Jung*, Kapitalverfassung, S. 219 f., 303 f.; *dies.*, EWS 2012, 25, 29.

¹⁸⁹⁷ Vgl. unter vorstehend (1) (e) und (f).

¹⁸⁹⁸ Vgl. allgemein Kapitel 2 H.

Anhang I Nr. 6 eigentlich ein Satzungswahlrecht dar. Der Satzungsgeber hat lediglich die Freiheit, Zwischendividenden zuzulassen oder nicht. Weitergehende Regelungen kann er nur vorbehaltlich der Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU und des übrigen Verordnungsrechts treffen. Erlaubt das Satzungsunionsrecht Zwischendividenden dagegen nicht, sind sie unionsrechtlich verboten und ist die ergänzende Anwendung nationalen Rechts ausgeschlossen.¹⁸⁹⁹

Für ein verstecktes Satzungswahlrecht in VOE-HU-Anhang I Nr. 6 spricht auch der Wortlaut von Art. 21 Abs. 3 SPE-VOE, der mit seiner Wendung „*lässt die Satzung die Auszahlung von Zwischendividenden zu*“¹⁹⁰⁰ auf eine unionsrechtliche Entweder-Oder-Verknüpfung hinweist. Auf ein Satzungswahlrecht deutet außerdem die Historie des SPE-VOE-HU hin. Denn seit dem SPE-VOE-CZ hat der Unionsgesetzgeber den ursprünglichen, seit dem SPE-VOE-K vorhandenen Regelungsauftrag schlicht um seine inhaltlichen Sonderregelungen zu Zwischendividenden in Art. 21 Abs. 3 SPE-VOE ergänzt. Hierbei hat er sich bei den Verhandlungen und redaktionellen Nacharbeiten die Mühe erspart, das Dispositionsrecht des Satzungsgebers an anderer Verordnungsstelle neu zu fassen. Folglich greift im Hinblick auf Zwischendividenden nationales Recht nicht über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU ein, wenn der Satzungsgeber Zwischendividenden nicht oder nur unzureichend erlaubt.

(C) Zwischenfazit: Keine Anwendung über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU

Folglich scheidet eine Anwendung nationalen Rechts über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU aus.

(ii) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU

Nationales Recht kann die Voraussetzungen für Ausschüttungen auch nicht über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU regeln, weil nationale Vorschriften über Voraussetzungen von Ausschüttungen keine „*Vorschriften für Sanktionen bei Verstößen gegen die Bestimmungen [der SPE-VO]*“ darstellen.

(iii) Anwendung über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU

Schließlich könnte nationales Recht noch über die allgemeine Lückenfüllungsnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU zur Anwendung kommen, wenn es um die Rechtmäßigkeit von Ausschüttungen geht. Indem die Kapitalerhaltung Bestandteil des Gesellschaftsstatuts ist,¹⁹⁰¹ ist die Verweisungsnorm grundsätzlich einschlägig. Sie kommt aber nur dann zur Anwendung, wenn und soweit das Unionsrecht insoweit lückenhaft ist, diese Lücke nicht auf unionsrechtlicher Ebene geschlossen werden kann und das nationale Recht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.¹⁹⁰²

(A) Financial Assistance

Zunächst könnte nationales Kapitalerhaltungsrecht wie z. B. § 30 GmbHG über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU zur Anwendung kommen, indem es zum Institut der *financial assistance* zu zählen ist. Die *financial as-*

¹⁸⁹⁹ Vgl. bereits unter vorstehend (1) (c).

¹⁹⁰⁰ Bzw. „*If the articles of association allow for the payment of interim dividends*“ bzw. „*Si les statuts admettent le versement d'acomptes sur dividendes*“.

¹⁹⁰¹ Für Auslandsgesellschaften Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 33.

¹⁹⁰² Vgl. Kapitel 4 C. III., E.

sistance unterstellt der Unionsgesetzgeber ausdrücklich dem nationalen Recht.¹⁹⁰³

Deutschland hat die *financial assistance* infolge der Kapitalrichtlinie in § 71a AktG für die deutsche AG verankert.¹⁹⁰⁴ Unter deutschen Aktienrechtlern ist das Verhältnis von § 71a zur Kapitalerhaltung in § 57 AktG – also der Parallelvorschrift zu § 30 GmbHG – nicht zuletzt infolge des ARUG nach wie vor umstritten.¹⁹⁰⁵ Die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt allerdings, dass der Unionsgesetzgeber mit seinen Ausführungen zur *financial assistance* lediglich den derivativen Erwerb eigener Anteile der SPE durch *künftige* Gesellschafter meint,¹⁹⁰⁶ während er durch seine Kapitalschutzregelungen Geschäfte mit *bestehenden* Gesellschaftern abdecken möchte.¹⁹⁰⁷ Folglich gelten nationale Kapitalerhaltungsvorschriften nicht bereits deshalb über Art. 4 Abs. 2 lit. b. SPE-VOE-HU, weil der Verordnungsgeber die *financial assistance* dem nationalen Recht anheimstellt. Eine hier nicht zu beantwortende Folgefrage ist, ob und inwiefern Zuwendungen an künftige Gesellschafter im Rahmen der Kapitalerhaltungsvorschriften den Zuwendungen an Gesellschafter gleichgestellt werden.¹⁹⁰⁸

(B) Auslegung des SPE-VOE-HU im Übrigen

Allerdings könnte nationales Recht aus anderen Erwägungen über die allgemeine Lückenfüllungsnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b. SPE-VOE-HU eingreifen.

Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber einen Punkt in der SPE-VOE-HU *abschließend* regelt. In diesem Fall darf nationales Recht nur ganz ausnahmsweise zur Anwendung kommen. Es darf es das Unionsrecht nur ausnahmsweise und dort *verschärfen*, wo der Verordnungsgeber dies ausdrücklich zulässt. Es darf das Unionsrecht nur ausnahmsweise und insoweit *ergänzen*, wie eine planwidrige Regelungslücke vorliegt, wie das Unionsrecht andernfalls praktisch leerlaufen würde, oder wie die Unternehmen mit Umgehungsabsicht handeln.¹⁹⁰⁹ Für eine *abschließende* Regelung sprechen ein hoher Detaillierungsgrad einer Regelung, ausdrückliche Befehle bzw. Öffnungsklauseln zur Anwendung nationalen Rechts sowie Erwägungen des *effet utile* der SPE-VO.¹⁹¹⁰

Der Verordnungsgeber hat Fragen des Kapitalschutzes der SPE mit umfangreichen und dezidierten Regelungen bedacht.¹⁹¹¹ Hierbei lässt er nationales Recht nur punktuell und gezielt eindringen, indem er den Mitgliedstaaten

¹⁹⁰³ Vgl. bereits unter vorstehend B. II. 1. a).

¹⁹⁰⁴ Vgl. *deKluiver/Rammeloo*, in: ZGR-Sonderheft 2006, 655, 675 ff.

¹⁹⁰⁵ Vgl. *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 914, 928 ff.; *Nodoushani*, NZG 2008, 291, 292; *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 158 ff.; *Lange*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 71a AktG Rn. 2; *Habersack*, AG 2009, 557, 561 ff.; *Schneider*, NZG 2007, 891 f.; *Bayer/Lieder*, NZG 2010, 86, 91 ff.; vgl. auch *Freitag*, AG 2007, 157 ff.

¹⁹⁰⁶ Vgl. bereits unter vorstehend B. II. 1. a). **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹⁹⁰⁷ Ähnlich wohl *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 115 f.

¹⁹⁰⁸ Zu § 30 GmbHG *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 30 Rn. 23; *Altmeppen*, in: Roth/ders./GmbHG, § 30 Rn. 25; *Ekkenga*, in: MüKo-GmbHG, § 30 Rn. 151; zu § 64 S. 3 GmbHG vgl. *H.F. Müller*, in: MüKo-GmbHG, § 64 Rn. 163; zu § 57 AktG vgl. *Lange*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 57 AktG Rn. 5; zu § 92 Abs. 2 S. 3 AktG vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz/AktG, § 92 Rn. 43; zu § 71a AktG vgl. *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 914, 928 ff.; *Nodoushani*, NZG 2008, 291, 292; *Wand/Tillmann/Heckenthaler*, AG 2009, 148, 158 f.; *Lange*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 71a AktG Rn. 1 ff.

¹⁹⁰⁹ Vgl. ausführlich Kapitel 4 C. II. 3.

¹⁹¹⁰ Vgl. ausführlich Kapitel 4 C. II. 4.

¹⁹¹¹ Vgl. unter vorstehend (1) sowie unter eingangs B. II. 1. a) (1).

ein Wahlrecht zur Einführung eines Solvenztestregimes gewährt.¹⁹¹² Auch der Satzungsgeber darf in das verordnungsrechtlich vorgegebene System nur punktuell eingreifen, und zwar indem er Zwischendividenden zulässt.¹⁹¹³ Damit zeigt der Unionsgesetzgeber, dass er die Kapitalerhaltung als für die Unternehmen neuralgischen Punkt im Interesse des *effet utile* unionsweit möglichst einheitlich handhaben möchte. Es ist nicht anzunehmen, dass er den mühsam ausbalancierten und verhandelten Regelungen ihre Wirksamkeit dadurch wieder nehmen möchte, dass er ihnen ein großes Einfallstor für das disparate nationale Recht zur Seite stellt. Hierdurch würde nicht nur die Effizienz im transnationalen Konzern beträchtlich gestört, indem Abgrenzungsschwierigkeiten und Zersplitterungen entstehen. Folglich sind die Verordnungsregelungen zur Kapitalerhaltung der SPE als *abschließend* anzusehen.

Mithin dürfen nationale Kapitalerhaltungsvorschriften das Unionsrecht nur ganz ausnahmsweise verschärfen oder ergänzen. Vor diesem Hintergrund kann z. B. § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG nicht angewendet werden, weil es den in Art. 21 SPE-VOE-HU gesetzten Standard verschärfen würde.¹⁹¹⁴ Indem keine planwidrige Regelungslücke vorliegt, das Unionsrecht nicht praktisch leerläuft und auch kein Fall einer Umgehungsabsicht vorliegt, darf nationales Recht wie z. B. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG die Regelungen in Art. 21 SPE-VOE-HU auch nicht ergänzen.¹⁹¹⁵

Also greift nationales Recht auch nicht aus Erwägungen jenseits der *financial assistance* über die allgemeine Lückenfüllungsnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU ein.

(iv) Zwischenfazit: Alleinige Anwendung von Unionsrecht

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Ausschüttungen einer SPE rechtmäßig sind, allein nach Unionsrecht beantwortet. Nationales Recht kommt insofern nur zur Anwendung, wenn die Mitgliedstaaten von ihrem Wahlrecht zur Einführung eines Solvenztestregimes Gebrauch machen, wobei der Ordnungsgeber solche SPE-Ausführungsregelungen methodisch ebenfalls zum Unionsrecht zählt.¹⁹¹⁶

(h) Zwischenfazit: Unionsrechtliches Schutzkonzept

Der Begriff der Ausschüttung in Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU ist sehr weit und konkreter als in Art. 15 Abs. 1 lit. d Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 17 Abs. 4 Kapitalrichtlinie n. F. gefasst.¹⁹¹⁷ Echte Zwischendividenden stellen einen Unterfall von Ausschüttungen dar, bedürfen aber nach Art. 21 Abs. 1 i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 6 einer Satzungsregelung.¹⁹¹⁸ Sachausschüttungen sind unionsrechtlich ohne Weiteres erlaubt.¹⁹¹⁹ Als Aus-

¹⁹¹² Vgl. unter vorstehend (f).

¹⁹¹³ Vgl. unter vorstehend (c).

¹⁹¹⁴ In dieselbe Richtung *Fleischer*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Finanzierung Rn. 90; *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 683; a. A. *Schmidt*, in: Aktuelles GmbH-Recht, S. 8, 35; wohl auch *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574, 1576 f.; im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit von Auslandsgesellschaften *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 33.

¹⁹¹⁵ A. A. offenbar *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574, 1576 f.; zu Art. 15 Kapitalrichtlinie a. F. *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie, S. 186 ff.

¹⁹¹⁶ Vgl. allgemein Kapitel 3 A. II.

¹⁹¹⁷ Vgl. unter vorstehend a) (1) (a).

¹⁹¹⁸ Vgl. unter vorstehend a) (1) (a) und (c).

¹⁹¹⁹ Vgl. unter vorstehend a) (1) (d).

schüttungsempfänger sind allgemein nur solche Zuwendungsempfänger anzusehen, die im Gesellschafterverzeichnis eingetragen sind oder als unmittelbare Anteilsinhaber der SPE in das Gesellschafterverzeichnis eingetragen werden können.¹⁹²⁰

Ausschüttungen bei der SPE erfordern nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU grundsätzlich einen Bilanztest, einen Gesellschafterbeschluss in Bezug auf die der Ausschüttung zugrundeliegende Jahres- oder Zwischenbilanz sowie einen Gesellschafterbeschluss in Bezug auf die Ausschüttung als solche. *IFRS*-Bilanzen dürfen zur Ausschüttungsbemessung nicht herangezogen werden. Der Ausschüttungsbetrag wird durch einen bilanziellen Sockelbetrag und den Bilanzgewinn begrenzt. Unter den Ausschüttungsbegriff fallen nur unausgewogene bzw. drittunübliche Transaktionen.¹⁹²¹

Je nachdem, ob und wie die Mitgliedstaaten von ihrem in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU gewährten Wahlrecht Gebrauch machen, können Ausschüttungen zusätzlich oder alternativ zum Bilanztest einen Solvenzttest erfordern. Hierbei muss das Geschäftsführungsorgan vor dem Ausschüttungsgesellschafterbeschluss den Gesellschaftern eine unterzeichnete, schriftliche „*Solvenzbescheinigung*“ vorlegen und anschließend veröffentlichen. Der Ausschüttungsbegriff ist im Hinblick auf ein Solvenztesterfordernis ebenso einschränkend auszulegen wie im Hinblick auf ein Bilanztesterfordernis.¹⁹²²

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Ausschüttungen einer SPE rechtmäßig sind, beantwortet sich allein nach Unionsrecht.¹⁹²³

(2) Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalerhaltung

(a) Unionsrechtliche Rechtsfolgen

(i) Gesellschafterhaftung

Auf unionsrechtlicher Ebene kommt eine Gesellschafterhaftung nach Art. 22 SPE-VOE-HU in Betracht. Andere Tatbestände für eine Gesellschafterhaftung enthält der SPE-VOE-HU nicht.¹⁹²⁴

(A) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 22 SPE-VOE-HU

Gemäß Art. 22 SPE-VOE-HU müssen die betreffenden Gesellschafter bei Erfüllung eines subjektiven Elements¹⁹²⁵ solche Ausschüttungen zurückerstatten, die „*entgegen Artikel 21*“ erfolgt sind, bzw. bei denen „*die Solvenzbescheinigung nicht hätte gegeben werden dürfen*“.¹⁹²⁶ Damit lehnt sich die Vorschrift an Art. 16 Kapitalrichtlinie

¹⁹²⁰ Vgl. unter vorstehend a) (1) (b).

¹⁹²¹ Vgl. unter vorstehend a) (1) (e).

¹⁹²² Vgl. unter vorstehend a) (1) (f).

¹⁹²³ Vgl. unter vorstehend a) (1) (g).

¹⁹²⁴ Vgl. Kapitel 6 D. II. 5.

¹⁹²⁵ Dazu *Jung*, Kapitalverfassung, S. 242 ff., 258 f.

¹⁹²⁶ Hierzu auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 207 ff.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 39; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 87 ff.; *Greulich*, Der Konzern 2009, 229, 233 f.; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 148; *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2182 f.;

a. F. bzw. Art. 18 Kapitalrichtlinie n. F. an.¹⁹²⁷

Tatbestandsmerkmal ist also zunächst, dass die Zuwendung als Ausschüttung im Sinne von Art. 21 SPE-VOE-HU zu qualifizieren ist.¹⁹²⁸ Erfasst sind also Zuwendungen im Allgemeinen und Zwischendividenden im Besonderen,¹⁹²⁹ die bilanziell unausgewogen bzw. nicht drittüblich sind. Anspruchsgegner ist der eingetragene oder einzutragende Gesellschafter, der die Zuwendung empfangen hat.¹⁹³⁰

Voraussetzung des Art. 22 SPE-VOE-HU ist des Weiteren, dass die Ausschüttung gegen Art. 21 SPE-VOE-HU verstoßen hat.¹⁹³¹ Ist ein Bilanztest erforderlich, liegt ein solcher Verstoß vor, wenn die Ausschüttung auf keiner oder nicht auf einer ordnungsgemäßen Bilanz beruht, oder wenn der Ausschüttungsbetrag die Ausschüttungssperren des Art. 21 SPE-VOE-HU verletzt. Ist ein Solvenzttest erforderlich, ist der Tatbestand des Art. 22 SPE-VOE-HU erfüllt, wenn die Ausschüttung auf keinem oder nicht auf einem ordnungsgemäß erstellten bzw. vorgelegten bzw. veröffentlichten Solvenzttest beruht, oder wenn der Ausschüttungsbetrag die nach Art. 21 Abs. 4 S. 1 SPE-VOE-HU zulässige Höhe überschreitet. In all diesen Fällen wurde die Ausschüttung „*entgegen Artikel 21*“ gewährt, so dass Art. 22 SPE-VOE-HU bei Gelten eines Solvenzttests nur beispielhaft erwähnt, dass „*die Solvenzbescheinigung nicht hätte gegeben werden dürfen*“. Bei Zwischendividenden liegt ein Verstoß gegen Art. 21 SPE-VOE-HU außerdem dann vor, wenn eine unionsrechtliche Satzungsregelung zur Zulassung von Zwischendividenden nicht existiert oder nicht ausreicht.¹⁹³²

Fraglich ist aber, ob der Tatbestand des Art. 22 SPE-VOE-HU dann erfüllt ist, wenn die in Bezug auf die Ausschüttungsbilanz bzw. die Ausschüttung zu fassenden Beschlüsse nicht oder nicht ordnungsgemäß vorbereitet, gefasst und veröffentlicht wurden.¹⁹³³ Hiergegen könnte sprechen, dass die in dieser Hinsicht bestehenden Erfordernisse sich nicht aus Art. 21 SPE-VOE-HU, sondern aus anderen Verordnungs- und Umsetzungsvorschriften ergeben.¹⁹³⁴ Andererseits könnten die Gläubiger gefährdet werden, wenn keine Ausschüttungsbeschlüsse veröffentlicht werden. Daher könnte aus teleologischen Gründen davon auszugehen sein, dass auch eine mangelnde oder mangelhafte Beschlussveröffentlichung den Tatbestand des Art. 22 SPE-VOE-HU erfüllt.¹⁹³⁵ Eine solche erweiternde Auslegung verstieße aber gegen den klaren Wortlaut des Art. 22 SPE-VOE-HU, der lediglich Verstöße gegen Art. 21 SPE-VOE-HU sanktioniert. Außerdem zielt Art. 22 SPE-VOE-HU mit seinem Verweis auf Art. 21 SPE-VOE-HU darauf, dass die Gläubiger durch betragsmäßig unverhältnismäßige Ausschüttungen gefährdet werden und nicht darauf, ob den Gläubigern auch das Erkennen von Ausschüttungsfehlern möglich ist. Schließlich wäre noch die Effizienz im SPE-Konzern stark gemindert, wenn die nicht in der Sphäre der SPE erfolgenden Veröffentlichungen den Anspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU auslösen könnten. Folglich ist der Tatbestand von Art. 22 SPE-

Wicke, GmbHR 2011, 566, 573; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 907 f.; Lanfermann/Richard, BB 2008, 1610, 1612 f.; Jung, EWS 2012, 25, 28; Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 371f.; a. A. Kneisel, SPE im Konzern, S. 84.

¹⁹²⁷ Ebenso Jung, Kapitalverfassung, S. 248 f., 253.

¹⁹²⁸ Vgl. ausführlich unter vorstehend (1) (b).

¹⁹²⁹ So auch Jung, Kapitalverfassung, S. 235 ff., 257.

¹⁹³⁰ Ähnlich Jung, Kapitalverfassung, S. 225 ff.

¹⁹³¹ Ebenso Jung, Kapitalverfassung, S. 229 ff., 236; vgl. auch Meller, Gläubigerschutz, S. 98 ff. mit Fn. 344; Kneisel, SPE im Konzern, S. 266.

¹⁹³² Ähnlich Jung, Kapitalverfassung, S. 235 ff., 257.

¹⁹³³ Vgl. unter vorstehend (e) (i) und (f) (i).

¹⁹³⁴ In diese Richtung Jung, Kapitalverfassung, S. 240 ff.

¹⁹³⁵ A. A. Jung, Kapitalverfassung, S. 240 ff. – Gläubiger nicht gefährdet.

VOE-HU nicht erfüllt, wenn die in Bezug auf die Ausschüttungsbilanz bzw. die Ausschüttung zu fassenden Beschlüsse nicht oder nicht ordnungsgemäß vorbereitet, gefasst und veröffentlicht wurden.

Die Voraussetzungen der Artt. 22, 21 SPE-VOE-HU enthalten keine Anhaltspunkte dafür, wie fehlerhafte Ausschüttungen geheilt werden könnten. Also ist davon auszugehen, dass fehlerhafte Ausschüttungen den Anspruch aus Art. 22 SPE-VOE unheilbar begründen.¹⁹³⁶ Aus diesem Grund und weil der Anspruch durch jegliche Verstöße gegen Art. 21 SPE-VOE-HU begründet wird, steigert eine einschränkende Auslegung des Ausschüttungsbegriffs die Effizienz im SPE-Konzern. Mithin sprechen auch Erwägungen in Bezug auf die Sanktionierung rechtswidriger Ausschüttungen für die vorstehend vertretenen Einschränkungen des Ausschüttungsbegriffs.¹⁹³⁷

Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter besteht.¹⁹³⁸ Hierzu enthält der SPE-VOE-HU keine Anhaltspunkte. Die weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU, ob und inwieweit über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nationales Recht zur Anwendung kommt, wird an späterer Stelle vorgenommen.¹⁹³⁹ Der Anspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU ist vom Geschäftsleitungsorgan bzw. – falls man eine solche bei der SPE anerkennt – ggf. im Wege einer *actio pro socio*¹⁹⁴⁰ geltend zu machen.¹⁹⁴¹ Indem der SPE-VOE-HU keine Verjährungsvorschriften enthält, verjährt er gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nach nationalem Recht,¹⁹⁴² bei einer in Deutschland domizilierenden SPE also nach § 31 Abs. 5 GmbHG.¹⁹⁴³

(B) Rechtsfolgen des Art. 22 SPE-VOE-HU

Fraglich ist, auf welche Art von Rechtsfolge Art. 22 SPE-VOE-HU genau gerichtet ist. Der Wortlaut der Regelungsüberschrift spricht von der „*Rückforderung*“¹⁹⁴⁴ von Ausschüttungen, während derjenige der Regelung als solcher meint, der Gesellschafter müsse die Ausschüttung der SPE „*zurückerstatten*“.¹⁹⁴⁵ Die Wortlautauslegung deutet also darauf hin, dass der Gesellschafter den ursprünglichen Zustand wiederherstellen und das als Ausschüttung Erhaltene gegenständlich an die SPE zurückgewähren muss. Erfolgte die Ausschüttung im Rahmen eines Austauschgeschäfts, muss dieses rückabgewickelt werden. Eine solche Auslegung kann in der Unternehmenspraxis zu nicht unerheblichen Schwierigkeiten führen und die Effizienz im SPE-Konzern stark mindern. Andererseits haben die SPE sowie ihre Gläubiger und etwaigen Minderheitsgesellschafter ein erhebliches Interesse daran, dass derjenige Zustand hergestellt wird, der ohne die rechtswidrige Ausschüttung bestehen würde. Außerdem könnten Gesellschafter möglicherweise die Ausschüttungsvorschriften zu umgehen versuchen, wenn die Sanktionen rechtswidriger Ausschüttungen ihrer Ansicht nach nicht schwer wiegen oder abgemildert werden können. Folglich muss der Anspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU entsprechend seinem Wortlaut auf Rückgewähr

¹⁹³⁶ Im Ergebnis ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 254 ff., vgl. aber S. 301.

¹⁹³⁷ Vgl. ausführlich unter vorstehend (1).

¹⁹³⁸ Zum GmbH-Recht vgl. BGHZ 31, 258, 265; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 52 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 21 ff.; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 6.

¹⁹³⁹ Vgl. unter nachstehend (b) (i) (C).

¹⁹⁴⁰ Zum GmbH-Recht vgl. z. B. *Wilhelmi*, in: Beck'scher OK GmbHG, § 13 Rn. 227 ff.

¹⁹⁴¹ Ähnlich *Jung*, Kapitalverfassung, S. 252 f.

¹⁹⁴² Im Ergebnis ebenso *Jung*, Kapitalverfassung, S. 253 f.

¹⁹⁴³ Zum GmbH-Recht vgl. BGHZ 31, 258, 265; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 79 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 27; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 8.

¹⁹⁴⁴ Bzw. „*recovery*“ bzw. „*recouvrement*“.

¹⁹⁴⁵ Bzw. „*return*“ bzw. „*restituer*“.

bzw. Rückabwicklung gerichtet sein.¹⁹⁴⁶

Indem Ausschüttungen auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, muss spiegelbildlich auch der Rückgewähranspruch seine Grundlage im Gesellschaftsverhältnis haben. Der Anspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU ist also gesellschaftsvertraglicher Natur.¹⁹⁴⁷ Demnach lässt sich parallel zum GmbH-Recht vertreten, ggf. bestehende nationale Sonderregelungen des Bereicherungsrechts seien nicht anwendbar.¹⁹⁴⁸

Fraglich ist allerdings, ob und unter welchen Voraussetzungen der Ausschüttungsempfänger in Erfüllung von Art. 22 SPE-VOE-HU ganz oder teilweise etwas Anderes an die Gesellschaft leisten darf als das ursprünglich Erhaltene,¹⁹⁴⁹ und ob der Rückerstattungsanspruch erlassen oder gestundet werden darf.¹⁹⁵⁰ Hierzu enthält der SPE-VOE-HU keine Anhaltspunkte. Die weitergehende Auslegung des SPE-VOE-HU, ob und inwieweit über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nationales Recht zur Anwendung kommt, wird an späterer Stelle vorgenommen.¹⁹⁵¹

(ii) Organhaftung

Für die Haftung von Organmitgliedern wegen rechtswidriger Ausschüttungen enthält der SPE-VOE-HU keine Regelungen. Vielmehr hat der Verordnungsgeber die Organhaftung *„angesichts der Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen in Bezug auf [...] die allgemeinen Pflichten und die Haftung der Geschäftsführer“* seit dem SPE-VOE-SE allgemein dem nationalen Recht des Domizilstaates überantwortet.¹⁹⁵²

(b) Nationalrechtliche Rechtsfolgen

(i) Gesellschafterhaftung

Fraglich ist, ob die Gesellschafter einer SPE auch nach nationalem Recht wegen rechtswidriger Ausschüttungen haften können.

(A) Anwendung über Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU

In systematisch-teleologischer Auslegung des SPE-VOE-HU fallen Ausschüttungen nicht in den Regelungsbereich von VOE-HU-Anhang I Nr. 19.¹⁹⁵³ Folglich greift nationales Recht unabhängig davon, ob der Satzungsgeber von dem Regelungsauftrag in VOE-HU-Anhang I Nr. 19¹⁹⁵⁴ Gebrauch gemacht hat oder nicht, nicht über Art. 4 Abs. 3

¹⁹⁴⁶ So im Ergebnis auch *Jung*, Kapitalverfassung, S. 247 ff., 259 f.

¹⁹⁴⁷ Ebenso zum GmbH-Recht *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 24; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 3; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 2.

¹⁹⁴⁸ Zum GmbH-Recht vgl. BGHZ 31, 258, 265; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 24; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 3; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 2.

¹⁹⁴⁹ Zum GmbH-Recht vgl. *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 26 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 16; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 2.

¹⁹⁵⁰ Zum GmbH-Recht vgl. BGHZ 31, 258, 265; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 35 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 26; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 7.

¹⁹⁵¹ Dazu nachstehend (b) (i) (C).

¹⁹⁵² Vgl. 5 C. II. 3.

¹⁹⁵³ Vgl. unter vorstehend (1) (g) (i).

¹⁹⁵⁴ Vgl. Kapitel 6 C. II. 3.

SPE-VOE-HU ein.

(B) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU

Es kommt aber in Betracht, dass nationales Recht über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU gilt. Gemäß Art. 45 SPE-VOE-HU müssen die Mitgliedstaaten „*Vorschriften für Sanktionen bei Verstößen gegen die Bestimmungen [der SPE-VO]*“ erlassen.¹⁹⁵⁵ Gemessen am Wortlaut der Vorschrift kommt es durchaus in Betracht, dass der Satzungsstaat in seinem SPE-Ausführungsgesetz die Rechtsfolgen rechtswidriger Ausschüttungen regelt. Allerdings bezweckt Art. 45 SPE-VOE-HU lediglich, den unionsweit einheitlichen Bestimmungen der SPE-VO zur Wirksamkeit zu verhelfen. Würden die Mitgliedstaaten dagegen Zusatzvorschriften zu Art. 22 SPE-VOE-HU erlassen, würden Rechtszersplitterungen eintreten, obwohl der Unionsgesetzgeber die Rechtsfolgen rechtswidriger Ausschüttungen mit Art. 22 SPE-VOE-HU bereits selbst geregelt hat. Insofern würden die nationalen SPE-Ausführungsgesetze die Verwirklichung des Unionsrechts nicht fördern, sondern aufgrund der dem *effet utile* der SPE-VO¹⁹⁵⁶ entgegenstehenden Rechtszersplitterungen sogar hindern. Dementsprechend soll Art. 45 SPE-VOE-HU nicht den Erlass eigener materieller, materielle unionsrechtliche Sanktionen ergänzender Sanktionsvorschriften ermöglichen, sondern lediglich die verfahrensmäßige Durchsetzung materiellen Unionsrechts sicherstellen. Folglich können rechtswidrige Ausschüttungen nicht gemäß Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU durch nationales Recht sanktioniert werden.

(C) Anwendung über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU

Die Gesellschafterhaftung wegen rechtswidriger Ausschüttungen könnte sich aber über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nach nationalem Recht richten.¹⁹⁵⁷ Dazu ist erforderlich, dass das Unionsrecht insoweit lückenhaft ist, dass diese Lücke nicht auf unionsrechtlicher Ebene geschlossen werden kann, und dass das nationale Recht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.¹⁹⁵⁸ Auch sofern nationales Recht jenseits des Regelungsbereichs des SPE-VOE-HU über allgemeine internationalprivatrechtliche Regelungen zur Anwendung kommt, muss nach hier vertretener Ansicht das Unionsrecht lückenhaft sein und muss das nationale Recht mit dem Unionsrecht vereinbar sein.¹⁹⁵⁹

Indem der Anspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU gesellschaftsvertraglicher Natur ist, sind zunächst ggf. bestehende nationale Sonderregelungen des Bereicherungsrechts nicht anwendbar.¹⁹⁶⁰ Fraglich ist aber, ob und unter welchen Voraussetzungen der Ausschüttungsempfänger in Erfüllung von Art. 22 SPE-VOE-HU ganz oder teilweise etwas Anderes an die Gesellschaft leisten darf als das ursprünglich Erhaltene. Hierzu enthält der SPE-VOE-HU keine Anhaltspunkte. Im Interesse einer unionsweiten Einheitlichkeit des SPE-Konzerns allerdings ganz grundsätzlich von einer Rückgewähr- bzw. Rückabwicklungspflicht auszugehen. Nur wenn und soweit die Rückgewähr oder Rückabwicklung unmöglich ist, ist nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nach nationalem Recht zu entschei-

¹⁹⁵⁵ Vgl. auch unter vorstehend (1) (g) (ii).

¹⁹⁵⁶ Vgl. ausführlich Kapitel 2 H.

¹⁹⁵⁷ Vgl. auch unter vorstehend (1) (g) (iii).

¹⁹⁵⁸ Vgl. Kapitel 4 C. III., E.

¹⁹⁵⁹ Vgl. Kapitel 4 F.

¹⁹⁶⁰ Zum GmbH-Recht vgl. BGHZ 31, 258, 265; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 24; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 3; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 2.

den, ob und unter welchen Voraussetzungen der Ausschüttungsempfänger etwas Anderes leisten darf. Domiziliert die Tochter-SPE in Deutschland, gelten also die zum GmbH-Recht entwickelten, sehr ausdifferenzierten und teilweise umstrittenen Grundsätze.¹⁹⁶¹

Auch in Bezug auf einen Erlass oder eine Stundung des Anspruchs aus Art. 22 SPE-VOE-HU enthält der SPE-VOE-HU keine Anhaltspunkte. Indem der Unionsgesetzgeber allerdings sein Ausschüttungsregime über Art. 22 SPE-VOE-HU absichert, ist davon auszugehen, dass er über den Bestand des Sanktionsanspruchs auch abschließend befinden möchte. Die Nichtregelung von Erlass- oder Stundungsvereinbarungen spricht also dafür, dass solche unionsrechtlich unzulässig sein sollen. Außerdem würde der vom Verordnungsgeber intendierte Gläubiger- und Minderheitenschutz empfindlich geschwächt, könnte privatautonom über den Anspruch disponiert werden. Aus diesen Gründen ist also davon auszugehen, dass der Anspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU weder erlassen noch gestundet werden darf. Auf die diesbezüglichen nationalrechtlichen Grundsätze wie z. B. § 31 Abs. 4 GmbHG kommen mangels Lücke im Unionsrecht nicht zur Anwendung.¹⁹⁶²

Fraglich ist des Weiteren, ob und unter welchen Voraussetzungen der durch Art. 22 SPE-VOE-HU begründete Anspruch gegen den ausschüttungsempfangenden Gesellschafter durch eine Ausfallhaftung einer Mitgesellschafter flankiert wird. Der SPE-VOE-HU enthält hierzu keine Anhaltspunkte, sondern regelt lediglich in Art. 14 Abs. 4 S. 4 SPE-VOE-HU eine generelle gesamtschuldnerische Haftung von Mitinhabern ein- und desselben Geschäftsanteils und beschränkt in Art. 3 Abs. 1 S. 3 SPE-VOE-HU die Gesellschafterhaftung gegenüber der SPE allgemein auf die Höhe der gehaltenen Geschäftsanteile. Daraus könnte geschlossen werden, das Unionsrecht sei abschließend und die Anwendung nationalen Rechts damit ausgeschlossen. Andererseits würde eine nationalrechtliche Ausfallhaftung akzessorisch von dem unionsrechtlichen Tatbestand in Art. 22 SPE-VOE-HU abhängen und den Schutz der Gläubiger verstärken. Vor diesem Hintergrund darf davon ausgegangen werden, dass der Unionsgesetzgeber einer flankierenden nationalrechtlichen Ausfallhaftung aufgeschlossen gegenübersteht. Indem die Ausfallhaftung rein akzessorisch besteht, ist sie auch mit dem Unionsrecht vereinbar. Folglich haften die Mitgesellschafter einer in Deutschland domizilierenden Tochter-SPE gemäß Artt. 22, 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. § 31 Abs. 3 GmbHG.¹⁹⁶³

Außerdem kommt in Betracht, dass der Haftungsanspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU in Anspruchskonkurrenz zu solchen nationalrechtlichen Haftungsinstituten steht, die ihrerseits in Anspruchskonkurrenz zum nationalen Pendant von Art. 22 SPE-VOE-HU stehen. So ist beispielsweise im deutschen GmbH-Recht anerkannt, dass ein Gesellschafter neben seiner Haftung aus § 31 GmbHG auch aus anderen, selbständig daneben stehenden Haftungstatbeständen haften kann, sofern deren jeweilige Voraussetzungen vorliegen. Dementsprechend kommen insbesondere Ansprüche wegen Treuepflichtverletzungen, dingliche Herausgabeansprüche, deliktische Schadenersatzansprüche und Bereicherungsansprüche in Betracht, wobei allerdings der Verstoß gegen § 31 GmbHG

¹⁹⁶¹ Zum GmbH-Recht vgl. *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 26 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 16; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 2.

¹⁹⁶² Zum GmbH-Recht vgl. BGHZ 31, 258, 265; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 35 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 26; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 7.

¹⁹⁶³ Im Ergebnis a. A. *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 157 f.; zum GmbH-Recht vgl. BGHZ 31, 258, 265; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 52 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 21 ff.; *Wicke*, GmbHG, § 31 Rn. 6.

als solcher nicht zur Nichtigkeit des Grundgeschäfts führt.¹⁹⁶⁴ Angesichts der ausführlichen Ausschüttungsregelungen des Verordnungsgebers könnte man der Ansicht sein, Art. 22 SPE-VOE-HU sei in Bezug auf die Kapitalerhaltung der SPE abschließend und eine flankierende Anwendung nationaler Haftungsinstitute ausgeschlossen.¹⁹⁶⁵ Hierfür würde auch sprechen, dass ein Ausschluss flankierender nationaler Haftungsinstitute die Einheitlichkeit im SPE-Konzern und damit den *effet utile* der SPE-VO fördert.¹⁹⁶⁶ Andererseits ist zu bedenken, dass die in Betracht kommenden nationalen Haftungstatbestände unterschiedlichste Sonderumstände wie z. B. Treuepflichtverletzungen oder Vindikations- bzw. Kondiktionslagen behandeln. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber mit seiner Regelung in Art. 22 SPE-VOE-HU ausschließen wollte, dass derartige Sonderumstände berücksichtigt werden.¹⁹⁶⁷ Außerdem knüpfen sie an dem Tatbestand einer gegen Art. 21 SPE-VOE-HU verstoßenden Ausschüttung an und verstärken den Gläubiger- und Minderheitenschutz. Vor diesem Hintergrund ist das Unionsrecht nicht als abschließend anzusehen und können entsprechende nationalrechtliche Haftungsvorschriften über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU bzw. die entsprechenden internationalprivatrechtlichen Grundsätze neben Art. 22 SPE-VOE-HU angewandt werden.¹⁹⁶⁸ Bei einer Tochter-SPE mit Satzungssitz in Deutschland kommen also die für die GmbH geltenden Grundsätze zur Anwendung.¹⁹⁶⁹

Ebenso könnten Haftungsnormen eines Existenz- und Liquiditätsschutzes jenseits des Stammkapitalschutzsystems gelten. Ob dies der Fall ist, wird an späterer Stelle untersucht.¹⁹⁷⁰

Haben die Gesellschafter die rechtswidrige Ausschüttung angewiesen, kommt schließlich noch in Betracht, dass sie dafür nach nationalem Recht als sogenannte *shadow directors* haften.¹⁹⁷¹ Da die nationalen Rechte insofern höchst unterschiedlich ausgestaltet sind,¹⁹⁷² leidet die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern enorm. Die Muttergesellschaft einer SPE deutscher Provenienz haftet allerdings nicht als faktische Geschäftsführerin.¹⁹⁷³

¹⁹⁶⁴ Zum GmbH-Recht vgl. *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 25; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 4, 25.

¹⁹⁶⁵ So *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 573; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 209; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 148; wohl auch *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2182 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 907 f.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 39; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 87 ff.; *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610, 1612 f.; *Jung*, Kapitalverfassung, S. 296; *dies.* DStR 2009, 1700, 1701 f., 1705 ff.; *dies.*, SPE, S. 73 f.; ggf. auch *Greulich*, Der Konzern 2009, 229, 233 f.; zu Art. 16 Kapitalrichtlinie a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 93 f.

¹⁹⁶⁶ Vgl. allgemein Kapitel 2 H.

¹⁹⁶⁷ Zur Treuepflicht bei der SPE vgl. ausführlich Kapitel 6 D. II. 5. c).

¹⁹⁶⁸ Im Ergebnis ggf. ebenso *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 157; in diese Richtung wohl auch *Jung*, DStR 2009, 1700, 1701 f., 1705 ff.; *dies.*, SPE, S. 73 f.; ggf. auch *Greulich*, Der Konzern 2009, 229, 233 f.; zu Art. 16 Kapitalrichtlinie a. F. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 20 Rn. 93 f.; a. A. wohl *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 573; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 209; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 148; wohl auch *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2182 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 907 f.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 39; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 87 ff.; *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610, 1612 f.

¹⁹⁶⁹ Zum GmbH-Recht vgl. *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 31 Rn. 25; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 31 Rn. 4, 25.

¹⁹⁷⁰ Dazu unter nachstehend D.

¹⁹⁷¹ Vgl. allgemein Kapitel 5 C. II. 3.

¹⁹⁷² Zu faktischen Geschäftsführern *Engert*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 75, 106; *Schön*, in: ZGR-Sonderheft 2012, S. 112, 143.

¹⁹⁷³ So z. B. *Drygala/Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch/GmbH-Geschäftsführung, § 42 Rn. 77; *Mülbert*, in: MüKo-HGB, Konzernrecht der Personengesellschaften Rn. 208, 221, 229; *Lutter*, in: ders./Hommelhoff/GmbHG, Anh. Zu § 13 Rn. 22;

(ii) Organhaftung

(A) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU

Die Organmitglieder könnten zunächst gemäß Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU nach nationalen SPE-Ausführungsregelungen für rechtswidrige Ausschüttungen haften. Darauf deutet die Verordnungsbegründung hin, indem sie die Mitgliedstaaten dazu aufruft, in ihren SPE-Ausführungsgesetzen Vorschriften für die Geschäftsleiterhaftung wegen unrichtiger Solvenzbescheinigungen zu schaffen.¹⁹⁷⁴ Diesen Aufruf verbindet der Unionsgesetzgeber mit seinen Ausführungen zum Staatenwahlrecht für die Zulassung eines Solvenzttests. Mithin ist davon auszugehen, dass die nationalen SPE-Ausführungsgesetze Haftungsvorschriften lediglich in Bezug auf falsche Solvenzbescheinigungen, nicht aber in Bezug auf sonstige Ausschüttungsfehler treffen dürfen. Außerdem müssen sich die SPE-Ausführungsgesetze auf die Haftung der Geschäftsleiter der ausschüttenden Tochter-SPE beschränken und dürfen keine Regelungen zu Geschäftsleitern einer ausschüttungsempfangenden Mutter-SPE vorsehen.

(B) Anwendung über Artt. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU

Die Organmitglieder der Tochter- und Mutter-SPE könnten über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nach den nationalen Rechten der Satzungssitzstaaten haften. Der Unionsgesetzgeber macht ausdrücklich klar, dass er den SPE-VOE-HU im Hinblick auf Organhaftungsfragen als lückenhaft ansieht und diese Lücken nach allgemeinen Grundsätzen mitgliedstaatlichem Recht überantworten möchte.¹⁹⁷⁵ Folglich richtet sich auch die Organhaftung für rechtswidrige Ausschüttungen umfänglich nach nationalem Recht.¹⁹⁷⁶

Residiert die ausschüttende Tochter-SPE in Deutschland, haften ihre Geschäftsführer also gemäß § 43 Abs. 1, 2 und 3 GmbHG gegenüber der SPE und gemäß § 31 Abs. 6 GmbHG gegenüber den Gesellschaftern für rechtswidrige Ausschüttungen bei Geltung eines Bilanztestregimes.¹⁹⁷⁷ Gilt ein Solvenzttestregime, haften sie gemäß § 43 Abs. 1, 2 GmbHG.¹⁹⁷⁸ In verordnungskonformer Auslegung und Anwendung der §§ 43, 31 Abs. 6 GmbHG hängt ihre Haftung von der Erfüllung der Voraussetzungen in Artt. 21, 22 SPE-VO-HU und nicht in §§ 30, 31 GmbHG ab. Beruht die Ausschüttung auf einer Weisung, können die Geschäftsleiter einer deutschen Tochter-SPE auch aus diesem Grund gemäß § 43 GmbHG zur Verantwortung gezogen werden.¹⁹⁷⁹ In Bezug auf die die Weisung ausprechenden Organmitglieder der Mutter-SPE ist ebenfalls zu prüfen, ob eine Haftung nach § 43 GmbHG begründet ist.

a. A. bei der GmbH & Co. KG *U.H. Schneider/Crezelius*, in: Scholz/GmbHG, § 43 Rdnr. 429 ff.; bei der GmbH *Jungkurth*, Konzernleitung bei der GmbH, S. 169 ff.; allgemein *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, § 43 Rn. 220 ff.

¹⁹⁷⁴ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 11 (S. 11).

¹⁹⁷⁵ Vgl. Kapitel 5 C. II. 3.

¹⁹⁷⁶ Wie hier *Jung*, EWS 2012, 25, 28; *Wicke*, GmbHR 2011, 566, 573; *Culmann*, SPE in der Krise, S. 51; *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 157; zu den Vorgängerentwürfen *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179, 2182 f.; *Salomon*, Regelungsaufträge, S. 39; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 148; *Landfermann/Richard*, BB 2008, 1610, 1612 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 908; *Meller*, Gläubigerschutz, S. 98 ff. mit Fn. 344; *Greulich*, Der Konzern 2009, 229, 234.

¹⁹⁷⁷ In Bezug auf § 43 GmbHG ebenso *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 157.

¹⁹⁷⁸ Auf Basis des SPE-VOE-SE im Ergebnis ebenso *Freudenberg*, NZG 2010, 527, 529; wohl auch *Kalss*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE, S. 133, 157; noch auf Basis des SPE-VOE-K *de Erice/Gaude*, DStR 2009, 857, 860 ff.

¹⁹⁷⁹ Vgl. bereits Kapitel 5 C. II. 3., Kapitel 7 B. II. 3. d).

Dieses Regelungsregime mindert aus verschiedenen Gründen die Effizienz im SPE-Konzern. Negativ wirken sich zunächst die Rechtsunsicherheiten aus, die daraus entstehen, dass sich der Pflichtenmaßstab aus dem Unionsrecht, die Haftungsfolge aber aus nationalem Recht ergibt. Außerdem verschlechtern die zwischen den mitgliedstaatlichen Rechten bestehenden Unterschiede die Organisierbarkeit und Rechtssicherheit im transnationalen SPE-Konzern.¹⁹⁸⁰ Schließlich wird die Effizienz noch dadurch gemindert, dass der Verordnungsgeber offenbar auch Aufsichtsratsmitglieder und sämtliche Verwaltungsratsmitglieder als Geschäftsführer ansieht.¹⁹⁸¹

Ebenso könnten Haftungsnormen eines Existenz- und Liquiditätsschutzes jenseits des Stammkapitalschutzsystems gelten. Ob dies der Fall ist, wird an späterer Stelle untersucht.¹⁹⁸²

(c) Zwischenfazit: Unions- und nationalrechtliche Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalerhaltung richten sich für Gesellschafter und Organmitglieder sowohl nach Unions- als auch nach nationalem Recht.

Gemäß Art. 22 SPE-VOE-HU müssen die betreffenden Gesellschafter fehlerhafte Ausschüttungen grundsätzlich gegenständlich zurückgewähren, wobei Heilungsmaßnahmen oder Erlass- und Stundungsvereinbarungen nicht in Betracht kommen. Im Zusammenhang mit Ausschüttungsfehlern kommt es zwar auf eine unionsrechtliche Satzungsregelung zur Zulassung von Zwischendividenden an, nicht jedoch auf die im Zusammenhang mit der Ausschüttung erforderlichen Beschlüsse und Veröffentlichungen. Neben Art. 22 SPE-VOE-HU kommt nationales Recht zwar nicht nach Art. 4 Abs. 3 oder Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU, wohl aber nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU zur Anwendung. Dementsprechend gilt nationales Recht für die Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Ausschüttungsempfänger etwas Anderes als das ursprünglich Erhaltene leisten darf, ob eine Ausfallhaftung seiner Mitgesellschafter besteht, andere Ansprüche in Anspruchskonkurrenz hinzutreten oder die Gesellschafter als sogenannte *shadow directors* haften.

Die Organmitglieder der ausschüttenden Tochter-SPE und ggf. ausschüttungsanweisenden Mutter-SPE haften für rechtswidrige Ausschüttungen über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nach den nationalen Rechten der Satzungssitzstaaten haften. Für falsche Solvenzbescheinigungen können die Organmitglieder der Tochter-SPE außerdem gemäß Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU nach nationalen SPE-Ausführungsregelungen zur Verantwortung gezogen werden.

(3) Zwischenfazit: Ausschüttungen im faktischen SPE-Konzern deutschen Rechts

Der Begriff der Ausschüttung in Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU ist sehr weit und konkreter als in Art. 15 Abs. 1 lit. d Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 17 Abs. 4 Kapitalrichtlinie n. F. gefasst. Echte Zwischendividenden bedürfen einer Satzungsregelung. Als Ausschüttungsempfänger sind grundsätzlich nur solche Zuwendungsempfänger anzusehen, die im Gesellschafterverzeichnis eingetragen sind. Ausschüttungen bei der SPE erfordern nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU grundsätzlich einen Bilanztest und nur dann einen Solvenzttest, wenn Deutsch-

¹⁹⁸⁰ So auch Hommelhoff, in: FS Roth, S. 269, 270 f.; Ehrlicke, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG, S. 66 – unter Hinweis auf z. B. Artt. 17 NRn. 1 und 3, 15 Nr. 2 und 16 Nr. 1 SPE-VOE-CREDA 1997; mit der aktualisierten Fassung Teichmann, ECL 2006, 279, 281 f. (fragliche Vorschriften unverändert).

¹⁹⁸¹ Vgl. Kapitel 5 B. I.

¹⁹⁸² Dazu unter nachstehend D.

land von seinem in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU gewährten Wahlrecht Gebrauch macht. Unter den Ausschüttungsbegriff fallen nur unausgewogene bzw. drittunübliche Transaktionen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Ausschüttungen einer SPE rechtmäßig sind, beantwortet sich allein nach Unionsrecht.¹⁹⁸³

Gemäß Art. 22 SPE-VOE-HU müssen die betreffenden Gesellschafter fehlerhafte Ausschüttungen zurückgewähren. Daneben kommt deutsches Recht nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nur für bestimmte Fragen zur Anwendung. Die Organmitglieder der ausschüttenden Tochter-SPE und ggf. ausschüttungsanweisenden Mutter-SPE haften für rechtswidrige Ausschüttungen über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU und ggf. zusätzlich über Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU nach deutschem Recht.¹⁹⁸⁴

b) SPE-Konzern als Vertragskonzern deutschen Rechts

(1) Verhältnis des deutschen Vertragskonzernrechts zum Unionsrecht

Das nationale Konzernrecht überlagert das SPE-Unionsrecht grundsätzlich nicht, wobei Ausnahmen für nationales Vertragskonzernrecht gelten. Nationales Vertragskonzernrecht kann das SPE-Unionsrecht dann überlagern, wenn und soweit ein Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers besteht, das Satzungsunionsrecht nur auf die unverbundene SPE zugeschnitten ist, das Unionsrecht lückenhaft ist, oder wenn und soweit die Geltung von Unionsrecht im Bezug auf einen speziellen Punkt die reibungslose Anwendung des im Übrigen geltenden nationalen Vertragskonzernrechts stören würde. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kommt nationales Vertragskonzernrecht nur dann und insoweit zur Anwendung, wie es unionsrechtskonform ist und angewandt werden kann.¹⁹⁸⁵

Nach diesen Maßstäben ergibt die Auslegung des SPE-VOE-HU, dass deutsches GmbH-Vertragskonzernrecht auf den SPE-Konzern grundsätzlich und insbesondere auch im Hinblick auf Weisungsrechte Anwendung findet.¹⁹⁸⁶ Fraglich ist allerdings, ob dies auch im Bereich der Kapitalerhaltung der Fall ist. Im deutschen GmbH-Vertragskonzern gelten insofern nämlich Privilegierungen. Nach § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG i. V. m. § 291 AktG sind bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages erfolgende Leistungen nach ganz überwiegender Meinung vom Auszahlungsverbot nicht umfasst, wenn und solange der analog § 302 AktG bestehende Verlustausgleichsanspruch der Untergesellschaft vollwertig ist.¹⁹⁸⁷

Der SPE-Satzungsgeber hat im Hinblick auf Ausschüttungen grundsätzlich keinen Spielraum und kann lediglich festlegen, dass Zwischendividenden erlaubt sind.¹⁹⁸⁸ Würde er Zwischendividenden zulassen, wäre diese Regelung auch nicht lediglich auf die unverbundene SPE zugeschnitten. Wie die Auslegung des SPE-VOE ergibt, sind die Regelungen in Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU *abschließend* gemeint,¹⁹⁸⁹ so dass das Unionsrecht insofern nicht lückenhaft ist. Außerdem ist die Kapitalerhaltung ein für den Gläubiger- und Minderheitenschutz wesentlicher

¹⁹⁸³ Vgl. unter vorstehend (1).

¹⁹⁸⁴ Vgl. unter vorstehend (2).

¹⁹⁸⁵ Vgl. ausführlich Kapitel 7 B. I. 3.

¹⁹⁸⁶ Vgl. ausführlich Kapitel 7 B. II. 2.

¹⁹⁸⁷ Allgemein *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 30 Rn. 44 f.; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 30 Rn. 148 ff.; *Ekkenga*, in: MüKo-GmbHG, § 30 Rn. 268 ff.; *Altmeyden*, in: Roth/ders./GmbHG, § 30 Rn. 98 ff.

¹⁹⁸⁸ Vgl. unter vorstehend a) (1) (g) und (2) (b) (i) (A).

¹⁹⁸⁹ Vgl. unter vorstehend a) (1) (g) und (2).

und zentraler Punkt. Daher kann man die Spezialregelungen des deutschen GmbH-Konzernrechts nicht schlicht mit dem Argument auf den SPE-Vertragskonzern anwenden, andernfalls sei die reibungslose Anwendung des im Übrigen geltenden GmbH-Vertragskonzernrechts gestört. Aus diesen Gründen können die im Bereich der Kapitalerhaltung geltenden Privilegierungen des deutschen GmbH-Vertragskonzernrechts nur dann und insoweit auf den deutschen SPE-Vertragskonzern angewendet werden, wie sie unionsrechtskonform sind und angewendet werden können.

(2) Vereinbarkeit mit Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU

Für den Fall, dass Deutschland nicht anstelle des Bilanztestregimes ein Solvenztestregime einführt, muss das deutsche GmbH-Vertragskonzernrecht mit Art. 21 Abs. 1 bis 3 GmbHG vereinbar sein. In Bezug auf die SE bzw. Art. 15 Kapitalrichtlinie nehmen Teile der Literatur an, der Abschluss eines Beherrschungsvertrages verstoße prinzipiell gegen das unionsrechtliche Kapitalschutzsystem.¹⁹⁹⁰

Im GmbH-Vertragskonzernrecht gilt das nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG grundsätzlich bestehende Auszahlungsverbot gemäß Abs. 1 S. 2 Alt. 1 ausnahmsweise nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags erfolgen. Teilweise werden diese Regelungen dahingehend verstanden, dass das Konzernprivileg unabhängig von der Vollwertigkeit des analog § 302 AktG bestehenden Verlustausgleichsanspruchs besteht.¹⁹⁹¹ Überwiegend ist man allerdings der Auffassung, das Konzernprivileg gelte nur dann, wenn der Verlustausgleichsanspruch der Untergesellschaft auch vollwertig ist.¹⁹⁹² Freilich handelt es sich bei dem Verlustausgleichsanspruch seiner Natur nach nicht um einen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch im Sinne von § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG. Andererseits kann ein wertloser Verlustausgleichsanspruch seinen Schutzzweck nicht erfüllen. Knüpfte man lediglich an das Bestehen eines Unternehmensvertrages an, könnte das Kapitalschutzregime durch eine bloße Formalie ausgehebelt werden. Vielmehr kommt es darauf an, dass Auszahlungen das Vermögen der Gesellschaft bilanziell nicht verringern, indem der Gesellschaft ein vollwertiger Ausgleichsanspruch zusteht. Daher ist mit der im deutschen GmbH-Konzernrecht überwiegend vertretenen Ansicht davon auszugehen, dass das Konzernprivileg nur gilt, wenn der analog § 302 AktG bestehende Verlustausgleichsanspruch vollwertig ist. Diese Erwägungen könnten auf die konzernierte SPE zu übertragen sein.

Im faktischen SPE-Konzern sind Ausschüttungen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. c SPE-VOE-HU nur bei solchen Transaktionen zu bejahen, in deren Zuge die Gesellschaft keinen vollwertigen Rückzahlungsanspruch bzw. gleichwertigen Gegenleistungsanspruch erlangt, in deren Zuge die Gesellschaft keinen vollwertigen Rückzahlungsanspruch tilgt, oder die unter fremden Dritten nicht oder nicht so vorgenommen worden wären. Damit entspricht die Situation derjenigen im faktischen GmbH-Konzern nach § 30 Abs. 1 S. 2 Halbsatz 2 GmbHG.¹⁹⁹³ Im GmbH-Vertragskonzern ist wie vorstehend beschrieben ebenfalls eine bilanzielle Betrachtungsweise vorzuneh-

¹⁹⁹⁰ Vgl. Hommelhoff, AG 2003, 179, 182; Lächler, SE-Konzernrecht, S. 125 ff., 150 ff., 161 f.; Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 307; Mülbart, in: FS Lutter, S. 535, 553 f.; Schön, in: FS Kropff, S. 285, 295 ff.; a. A. Altmeppen, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 27 ff., 35 ff.

¹⁹⁹¹ So OLG Frankfurt a. M. NZI 2014, 363, 365; Ekkenga, in: MüKo-GmbHG, § 30 Rn. 270; Hommelhoff, in: Lutter/ders./GmbHG, § 30 Rn. 48.

¹⁹⁹² So Fastrich, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 30 Rn. 45; Heidinger, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 30 Rn. 149; Altmeppen, in: Roth/ders./GmbHG, § 30 Rn. 101; Verse, in: Scholz/GmbHG, § 30 Rn. 75; Wicke, GmbHG, § 30 Rn. 14; Bormann/Urlichs, GmbHR Sonderheft Oktober 2008, 37, 47.

¹⁹⁹³ Vgl. unter vorstehend a) (1) (e) (iv).

men, nur dass sich diese auf den analog § 302 AktG bestehenden Verlustausgleichsanspruch bezieht. Indem in Bezug auf Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU ebenfalls eine bilanzielle Betrachtungsweise gilt, können die im GmbH-Vertragskonzern angestellten Erwägungen auf den SPE-Vertragskonzern übertragen werden. Wenn also der durch den Abschluss des Beherrschungsvertrages begründete Verlustausgleichsanspruch aus § 302 AktG analog werthaltig ist, liegt keine Ausschüttung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU vor. Indem Zwischendividenden einen Unterfall von Ausschüttungen darstellen, kommt es mithin auch nicht darauf an, ob die SPE-Satzung nach VOE-HU-Anhang I Nr. 6 Zwischendividenden erlaubt oder nicht. Der Beherrschungsvertrag überwindet die bei der unverbundenen SPE bestehende Kapitalbindung im Tausch gegen eine Verlustausgleichspflicht der herrschenden SPE.¹⁹⁹⁴ Findet demnach § 302 AktG auf die vertragskonzernierte SPE grundsätzlich ebenso Anwendung wie auf eine GmbH, gilt Dasselbe für den Gläubigerschutz nach § 303 bei Beendigung des Beherrschungsvertrages.¹⁹⁹⁵

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das deutsche GmbH-Vertragskonzernrecht mit Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU vereinbar ist.

(3) Vereinbarkeit mit Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU

Sollte Deutschland dagegen ein Solvenztestregime einführen, muss das deutsche GmbH-Vertragskonzernrecht mit Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU vereinbar sein.

Der Solvenzttest dient anders als der Bilanztest einem gegenständlichen Vermögensschutz. Im faktischen SPE-Konzern greift das Schutzinstrument allerdings nicht ein, wenn die Umstände des Leistungstransfers einem Drittvergleich nicht standhalten.¹⁹⁹⁶ Dagegen dient der pauschale Verlustausgleichsanspruch analog § 302 AktG gerade dazu, die Umstände des einzelnen Leistungstransfers keiner Prüfung unterziehen zu müssen. Man könnte überlegen, die Drittüblichkeit von Liquiditätsabflüssen bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages pauschal zu fingieren und damit die im Ausschüttungsbegriff geforderte *causa societatis* in typisierender Betrachtung zu verneinen. Eine solche Betrachtungsweise würde allerdings dem vom Verordnungsgeber gewünschten gegenständlichen Vermögensschutz durch einen in seiner Erfüllung ungesicherten Anspruch ersetzen und ihn damit aushebeln. Folglich ist das deutsche GmbH-Vertragskonzernrecht mit Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU nicht vereinbar.

(4) Zwischenfazit: Mögliche Effizienzsteigerungen im SPE-Vertragskonzern

Die im Bereich der Kapitalerhaltung geltenden Privilegierungen des deutschen GmbH-Vertragskonzernrechts können nur dann und insoweit auf den deutschen SPE-Vertragskonzern angewendet werden, wie sie unionsrechtskonform sind und angewendet werden können.

Für den Fall, dass Deutschland nicht anstelle des Bilanztestregimes ein Solvenzttestregime einführt, ist das deutsche GmbH-Vertragskonzernrecht mit Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU vereinbar. Denn nach hier vertretener Ansicht liegt keine Ausschüttung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU vor, wenn der durch den Abschluss des Beherrschungsvertrages begründete Verlustausgleichsanspruch aus § 302 AktG analog werthaltig ist.

¹⁹⁹⁴ Im Ergebnis ebenso *Martens*, Managementstrukturen, S. 174.

¹⁹⁹⁵ Zur Anwendbarkeit auf die GmbH *Emmerich*, in: ders./Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 Rn. 25 f., 37 f., § 303 Rn. 1, 3; auf die SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 60.

¹⁹⁹⁶ Vgl. unter vorstehend a) (1) (f).

Folglich findet das GmbH-Vertragskonzernrecht auf den SPE-Vertragskonzern vollumfänglich Anwendung.

Sollte Deutschland dagegen ein Solvenzttestregime einführen und daher Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU gelten, ist das deutsche GmbH-Vertragskonzernrecht mit dem Unionsrecht nicht vereinbar. Denn der pauschale Verlustausgleichsanspruch passt nicht zu dem von dem Unionsgesetzgeber intendierten gegenständlichen Vermögensschutz. In diesem Fall darf zwar ein SPE-Vertragskonzern gebildet werden, findet allerdings § 302 AktG anders als im GmbH-Vertragskonzern keine analoge Anwendung. Der Beherrschungsvertrag kann die bei der unverbundenen SPE bestehende Kapitalbindung nicht im Tausch gegen eine Verlustausgleichspflicht der herrschenden SPE überwinden.

c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

In Auslegung des SPE-VOE-HU können die Gesellschafter kraft Satzungsunionsrecht Weisungsrechte vereinbaren, die Tochter-SPE aber nicht auf ein Konzerninteresse ausrichten.¹⁹⁹⁷ Selbst wenn ein unionsrechtliches Weisungsrecht besteht und insoweit nationales Recht gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU sperrt, ist nicht ersichtlich, wie sich das auf das Kapitalerhaltungsregime im deutschen SPE-Konzern auswirken könnte.

Indem in Bezug auf das Gesellschaftsinteresse nationales Recht nicht ausgeschlossen werden kann, entspricht die Situation insoweit derjenigen des faktischen SPE-Konzerns. Anders als im SPE-Vertragskonzern herrscht keine Pflicht zum Verlustausgleich und zur Gläubigersicherung analog §§ 302, 303 AktG, sondern das treuepflichtbasierte Schädigungsverbot.¹⁹⁹⁸ Das gilt auch dann, wenn der Satzungsgeber gemäß Art. 21 Abs. 1 i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 6 Zwischendividenden erlaubt.

d) Zwischenfazit: Kapitalerhaltung im nationalen SPE-Konzern

Der Begriff der Ausschüttung in Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU ist sehr weit gefasst, aber auf unausgewogene bzw. drittunübliche Transaktionen zu beschränken. Rechtswidrige Ausschüttungen werden unionsrechtlich gemäß Art. 22 SPE-VOE-HU sowie je nach Fall über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU nach deutschem Recht sanktioniert.¹⁹⁹⁹

Für den Fall, dass Deutschland nicht anstelle des Bilanztestregimes ein Solvenzttestregime einführt, ist das deutsche GmbH-Vertragskonzernrecht mit Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU vereinbar und findet vollumfänglich Anwendung. Sollte Deutschland dagegen ein Solvenzttestregime einführen und daher Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU gelten, kann ein Beherrschungsvertrag die bei der unverbundenen SPE bestehende Kapitalbindung nicht im Tausch gegen eine Verlustausgleichspflicht der herrschenden SPE überwinden.²⁰⁰⁰

Indem die Gesellschafter kraft Satzungsunionsrecht Weisungsrechte vereinbaren, die Tochter-SPE aber nicht auf ein Konzerninteresse ausrichten können, hat Satzungsunionsrecht keine Auswirkungen auf die Kapitalerhaltung

¹⁹⁹⁷ Vgl. Kapitel 5 C. V., Kapitel 6 D. V.

¹⁹⁹⁸ Vgl. unter vorstehend a) (1) und b).

¹⁹⁹⁹ Vgl. unter vorstehend a) (1) (a).

²⁰⁰⁰ Vgl. unter vorstehend b).

im SPE-Konzern.²⁰⁰¹

2. Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung

a) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag

(1) Bilanztest

Nach Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU muss für Ausschüttungen grundsätzlich ein Bilanztest durchgeführt werden. Zwischendividenden sind nur bei Satzungserlaubnis nach VOE-HU-Anhang I Nr. 6 gestattet. Nach Art. 26 Abs. 1 SPE-VOE-HU unterliegen Bilanzen der SPE allgemein und damit auch Ausschüttungsbilanzen dem nationalen Recht des Satzungssitzstaates.²⁰⁰² Fraglich ist, welche Auswirkungen die Anwendung verschiedener nationaler Bilanzrechte bei Ausschüttungen von Tochter-SPEs in verschiedenen Domizilstaaten auf die Effizienz im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern hat.

Für eine Tochter-SPE englischer Provenienz ist nach Art. 26 Abs. 1 SPE-VOE-HU eine Ausschüttungsbilanz nach englischem Bilanzrecht aufzustellen. Außerdem könnte zu beachten sein, dass Ausschüttungen nach englischem Recht auf Vorschlag der Geschäftsführung sowie – falls die Gesellschaft prüfungspflichtig ist – auf Grundlage eines mit einem speziellen Ausschüttungsbestätigungsvermerk des Abschlussprüfers versehenen Abschlusses erfolgen müssen. Erleichterungen bestehen nur beim Gebrauch von Zwischenabschlüssen und Eröffnungsbilanzen.²⁰⁰³ Der Ordnungsgeber hat sich allerdings gegen ein Vorschlagserfordernis entschieden und sperrt damit die entsprechenden nationalen Regelungen.²⁰⁰⁴ Mithin bedürfen Ausschüttungen einer englischen Tochter-SPE abweichend vom englischen Recht keines förmlichen Geschäftsführungsvorschlags. Ebenso wie die Bilanzen englischer Gesellschaften bedarf die SPE-Bilanz allerdings des Ausschüttungsbestätigungsvermerks. Dafür sprechen das Gleichbehandlungsgebot und der vom Ordnungsgeber intendierte Gläubigerschutz.

Nach englischem Recht können die Unternehmen ihre englischen Tochter-SPEs entweder nach *UK GAAP* oder *IFRS* bilanzieren lassen, weil SPEs nichtkapitalmarktorientierte Unternehmen sind.²⁰⁰⁵ Im Konzern muss die Entscheidung einheitlich für die Einzelabschlüsse der Mutter- und Tochtergesellschaft getroffen werden, wenn nicht Sachgründe für eine uneinheitliche Behandlung sprechen.²⁰⁰⁶ Es ist davon auszugehen, dass sich die Unternehmen bei der SPE ebenso wie bei englischen Rechtsformen ganz überwiegend für die *UK GAAP* entscheiden. Die *UK GAAP* werden oft als vorteilhaft angesehen, weil sie bestimmte Bilanzansätze erlauben und bei Ausschüttun-

²⁰⁰¹ Vgl. unter vorstehend c).

²⁰⁰² Vgl. unter vorstehend 1. a) (1) (a), (b), (c), (d), (e).

²⁰⁰³ Vgl. secc. 830, 836, 837, 840, 853 (4) CA 2006, FRS 5 und 18; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.3.3 et seq. (pp. 290 et seq.), 10.3.8 (p. 292 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 20-84, 20-97 et seq., 20-101 et seq. (p. 506, 511 et seq., 513 et seq.); *Davies*, Company Law, pp. 78 et seq., 84 et seq.; *Fleischer*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Finanzierung Rn. 77, 90; für *public companies* KPMG, Machbarkeitsstudie, S. 126 ff.

²⁰⁰⁴ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²⁰⁰⁵ Vgl. KPMG, Machbarkeitsstudie, S. 7 (mit Fn. 1), 8, 148 f., 321 f., 372 ff.; *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610, 1612 (mit Fn. 34); *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 57 ff., 331.

²⁰⁰⁶ Allgemein zum englischen Bilanzrecht secc. 380 ff. CA 2006; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 9 (pp. 255 et seq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 16-3 et seq., 16-12 et seq., 16-33 et seq. (pp. 349 et seq., 354 et seq., 363 et seq.); *Davies*, Company Law, pp. 116 et seq.; vgl. auch *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 111 ff.

gen auf Modifikationen verzichten. Diese Vorteile überwiegen nach Ansicht vieler Unternehmen den erheblichen Aufwand, der für die Transformation des *UK GAAP*-Abschlusses in einen nach *IFRS* aufgestellten Konzernabschluss anfällt.²⁰⁰⁷ Entscheiden sich die Unternehmen dagegen für die *IFRS*-Rechnungslegungsstandards, können die Abschlüsse nach englischem Recht anders als nach deutschem Recht²⁰⁰⁸ auch zur Ausschüttungsbemessung herangezogen werden.

Wie sich aus dem vom Verordnungsgeber intendierten Gleichbehandlungsgebot und Gläubigerschutz ergibt, gelten über Art. 26 Abs. 1 SPE-VOE-HU allerdings auch Modifikationen, die das nationale Recht ggf. für Ausschüttungsbilanzen vorschreibt.²⁰⁰⁹ Nach englischem Recht müssen *IFRS*-Bilanzen zu Ausschüttungszwecken beim Reingewinn korrigiert werden, um noch nicht realisierte Gewinne oder Verluste zu eliminieren. Diese Korrekturen erfolgen nach Maßgabe sogenannter *Technical Releases* des *ICAEW* und *ICAS*, also dem Korrelat zu den Verlautbarungen des *IDW* in Deutschland. Trotzdem sind die Korrekturvorschriften dem englischen Gesellschaftsrecht zuzuordnen. Denn für die Ausschüttungsbemessung dürfen nach secc. 830 (1), 853 (4) CA 2006 nur realisierte Gewinne berücksichtigt werden.²⁰¹⁰

Vergleicht man das englische Ausschüttungsregime mit dem deutschen Ausschüttungsregime,²⁰¹¹ divergieren also aufgrund der vielfältigen Unterschiede zwischen den Regimen nicht nur die Verfahren und Techniken der Ausschüttungsbemessung, sondern auch die zahlenmäßigen Ergebnisse. Folglich führt die Anwendung der nationalen Bilanzrechte im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern zu empfindlichen Effizienzverlusten.²⁰¹²

Die Ausschüttungsbilanzen und Ausschüttungsbeschlüsse müssen gemäß Art. 11 SPE-VOE-HU nach dem nationalen Recht des Domizilstaates publiziert werden. Bei einer englischen Tochter-SPE ist die Einreichung von Ausschüttungsbilanzen beim *Companies House* allerdings grundsätzlich verzichtbar, weil das englische Recht entsprechende Pflichten nur für *public companies* und damit nicht für die SPE vorsieht.²⁰¹³ Auch hier mindern die Unterschiede zwischen den nationalen Rechten die Effizienz im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern.

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass sich im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern zwischen den verschiedenen Tochter-SPEs wegen der den Ausschüttungen jeweils zugrundeliegenden Bilanzen zwangsläufig Unterschiede ergeben. Hierdurch wird die Effizienz im Vergleich zum rein nationalen SPE-Konzern stark gemindert.

(2) Solvenztest

Nach Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU können sich die Satzungssitzstaaten von Tochter-SPEs dazu entscheiden, zusätz-

²⁰⁰⁷ *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 8, 132 f., 148.

²⁰⁰⁸ Vgl. unter vorstehend 1. a) (1) (e).

²⁰⁰⁹ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²⁰¹⁰ Vgl. *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 7 (mit Fn. 1 und 2), 8, 126 ff., 148 f., 321 f., 372 ff.; *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610, 1612 (mit Fn. 34); *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 73 ff., zur Frage der Vereinbarkeit mit der Kapitalrichtlinie S. 83 f.

²⁰¹¹ Vgl. unter vorstehend 1. a) (1) (e) (ii).

²⁰¹² So auch *Gutsche*, in: FS Hommelhoff, S. 285, 291; *Wicke*, GmbH 2011, 566, 573; umfassend *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 148 f., 322 ff., 341 ff., 372 ff., 392 ff.; zu den Unterschieden zwischen *IFRS*- und HGB-Rechnungslegung *Hennrichs*, Der Konzern 2009, 532 ff.; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 130.

²⁰¹³ Vgl. sec. 836 CA 2006; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.3.8 (p. 292 et seqq).

lich oder alternativ zum Bilanztest einen Solvenzttest vorzuschreiben.²⁰¹⁴ Auf die Effizienz im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern könnte es Auswirkungen haben, wie die Mitgliedstaaten mit diesem Wahlrecht umgehen.

Mit Blick auf einen sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern ist fraglich, ob davon auszugehen ist, dass das Vereinigte Königreich von diesem Wahlrecht Gebrauch macht und für SPEs Solvenzttests einführt. Wie in Deutschland wurde bzw. wird zwar auch in England lebhaft über die Sinnhaftigkeit und Angemessenheit von Solvenzttests diskutiert. Der Gesetzgeber hat sich aber im Zuge der CA-2006-Reform gegen die Einführung von Solvenzttests entschieden.²⁰¹⁵ Bei der Formulierung eines SPE-Ausführungsgesetzes dürfte er sich nicht anders entscheiden. Demnach ist es unwahrscheinlich, dass das Vereinigte Königreich von diesem Wahlrecht Gebrauch macht und für SPEs Solvenzttests einführt. Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern gelten also verschiedene Bilanztestregime mit entsprechenden Effizienzverlusten.²⁰¹⁶

Falls der Solvenzttest allerdings irgendwann doch ins englische Gesellschaftsrecht Einzug halten sollte, und falls England zumindest für die SPE einen alleinigen oder flankierenden Solvenzttest vorschreibt, vergrößern sich die Unterschiede zwischen den Ausschüttungsregimen im deutsch-englischen SPE-Konzern. Deutsche GmbHs unterliegen seit dem MoMiG mit §§ 30, 64 S. 3 GmbHG zwar einem kombinierten Bilanz- und Solvenzttestsystem. Angesichts der Vorbehalte gegen den Solvenzttest als alleinige Ausschüttungssperre und der Anwendbarkeit von § 64 S. 3 GmbHG auf die SPE kann nicht davon ausgegangen werden, dass Deutschland bei der SPE für die Einführung eines alleinigen Solvenzttests optiert. Dann würden im deutsch-englischen SPE-Konzern zwei sehr unterschiedliche Ausschüttungsregime gelten und die Effizienz stark vermindern.

Zusätzliche Unterschiede und damit Effizienzdefizite können im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern dadurch entstehen, dass auf Grundlage des SPE-VOE-HU durchaus streitbar ist, welche Gestaltungsspielräume die Mitgliedstaaten bei Einführung eines SPE-Solvenzttests haben. Sofern Solvenzbescheinigungen ausgestellt werden müssen, sind sie im sitzaufgespaltenen SPE-Konzern nach Art. 21 Abs. 4 S. 3 SPE-VOE-HU am Geschäftssitz der Tochter-SPE offenzulegen.

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass die Effizienz im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern leidet, wenn sich die Satzungssitzstaaten von Tochter-SPEs dazu entscheiden, nach Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU für SPEs zusätzlich oder alternativ zum Bilanztest einen Solvenzttest vorzuschreiben. Denn hierdurch werden die im Vergleich der Mitgliedstaaten unterschiedlichen Grundsätze noch weiter zersplittert.

(3) Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalerhaltung

(a) Unionsrechtliche Rechtsfolgen

Rechtswidrige Ausschüttungen einer englischen SPE verursachen Rückgewähr- bzw. Rückabwicklungspflichten des Empfängers nach Art. 22 SPE-VOE-HU.²⁰¹⁷ Indem das Unionsrecht anders als das englische Recht bilanzell

²⁰¹⁴ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²⁰¹⁵ *Hannigan, Company Law*, mn. 20-123 et seq. (pp. 521 et seq.); *Davies, Company Law*, pp. 84 f.

²⁰¹⁶ Vgl. unter vorstehend (1).

²⁰¹⁷ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (a) (i).

neutrale Maßnahmen nicht als Ausschüttung behandelt,²⁰¹⁸ können solche Maßnahmen nach Unionsrecht anders als nach englischem Recht keine Haftung auslösen.²⁰¹⁹ Eine unionsrechtliche Haftung von Organmitgliedern wegen rechtswidriger Ausschüttungen existiert dagegen nicht.²⁰²⁰

(b) Nationalrechtliche Rechtsfolgen

(i) Gesellschafterhaftung

Fraglich ist, ob die Gesellschafter einer englischen SPE auch nach nationalem Recht wegen rechtswidriger Ausschüttungen haften können. Die im englischen Recht für rechtswidrige Ausschüttungen vorgesehenen Ansprüche gegen Gesellschafter sind als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren²⁰²¹ und daher durch Art. 22 SPE-VOE-HU grundsätzlich gesperrt.

Allerdings kann der Haftungsanspruch aus Art. 22 SPE-VOE-HU über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU bzw. die entsprechenden internationalprivatrechtlichen Grundsätze durch nationalrechtliche Ansprüche wegen Treuepflichtverletzungen, dingliche Herausgabeansprüche, deliktische Schadenersatzansprüche und Bereicherungsansprüche flankiert werden.²⁰²² Insofern ist zu beachten, dass der Empfänger einer rechtswidrigen Ausschüttung nach englischem Recht nach *Common Law* als sogenannter „*constructive trustee*“ zur Verantwortung gezogen werden kann. Dieses Haftungsinstitut ist auf eine dingliche Rechtsfolge gerichtet, indem der Empfänger unter bestimmten Voraussetzungen zwar Eigentümer des Erhaltenen wird, das Erhaltene aber wie ein Treuhänder behandeln und an den Leistenden zurückgewähren muss.²⁰²³ Verweigert man dieser Rechtsfolge die gesellschaftsrechtliche Qualifikation,²⁰²⁴ kommt in Betracht, das Haftungsinstitut nicht über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU, sondern nach allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen auf die SPE anzuwenden. Indem der Verordnungsgeber mit Art. 22 SPE-VOE-HU allerdings nicht verhindern wollte, dass über spezielle nationale Haftungstatbestände Sonderumstände wie z. B. Treuepflichtverletzungen oder Vindikations- bzw. Kondiktionslagen berücksichtigt werden und den Gläubiger- und Minderheitenschutz verstärken, kommt die *constructive trustee*-Haftung im SPE-Konzern unabhängig von ihrer Qualifikation zur Anwendung.

Haben die Gesellschafter die rechtswidrige Ausschüttung angewiesen, kommt schließlich noch in Betracht, dass

²⁰¹⁸ Vgl. *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.3.9 (pp. 293 et seqq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 20-93, 20-113 et seq. (pp. 510 et seq., 516 et seq.); *Davies*, Company Law, pp. 84 ff.; *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 129, 134; *Doralt*, Managerpflichten, sec. 170 mn. 12; zum CA 1985 *Fleischer*, in: DStR 2000, 1015, 1016; *Schall*, DStR 2006, 1229, 1231 f, 1234.

²⁰¹⁹ Vgl. unter vorstehend 1. a) (1) (e) (iv); vgl. auch *Meller*, Gläubigerschutz, S. 98 ff. mit Fn. 344; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 266.

²⁰²⁰ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (a) (ii).

²⁰²¹ Haftung aus *statutory and common law*, secc. 847, 851, 852 CA 2006; *Thole*, in: *Schall/Companies Act*, sec. 847 Rn. 11, sec. 851 Rn. 5; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.3.9 (pp. 293 et seqq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 20-93, 20-113 et seq. (pp. 510 et seq., 516 et seq.); *Davies*, Company Law, pp. 84 ff.; *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 129, 134; *Doralt*, Managerpflichten, sec. 170 mn. 12; zum CA 1985 *Fleischer*, in: DStR 2000, 1015, 1016; *Schall*, DStR 2006, 1229, 1231 f, 1234.

²⁰²² Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (a) (i).

²⁰²³ Vgl. *Thole*, in: *Schall/Companies Act*, sec. 847 Rn. 7, 11.

²⁰²⁴ So *Thole*, in: *Schall/Companies Act*, sec. 847 Rn. 11.

sie dafür nach englischem Recht als sogenannte *shadow directors* haften.²⁰²⁵ Ebenso könnten Haftungsnormen eines Existenz- und Liquiditätsschutzes jenseits des Stammkapitalschutzsystems gelten. Ob dies der Fall ist, wird an späterer Stelle untersucht.²⁰²⁶

(ii) Organhaftung

Die Organmitglieder einer sitzgekoppelten englischen Tochter-SPE können zunächst für falsche Solvenzbescheinigungen haften, falls der englische Gesetzgeber gemäß Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU entsprechende Regelungen in seinem SPE-Ausführungsgesetz vorsieht. Außerdem können sie über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nach englischem Recht zur Verantwortung gezogen werden. Mithin gelten die umfangreichen Haftungsfolgen des *statute and common law*.²⁰²⁷ Falls der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsleitung ganz ausnahmsweise ein Weisungsrecht zusteht,²⁰²⁸ haften die Organmitglieder der englischen Tochter-SPE ebenfalls nach diesen Grundsätzen, während diejenigen der deutschen Mutter-SPE allenfalls nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. § 43 GmbHG haften.²⁰²⁹ Zusätzlich kommen auf Geschäftsführung der Tochter-SPE deshalb erhöhte Prüfungsaufwendungen und Haftungsrisiken zu, weil in Bezug auf Gesellschafts- bzw. Konzerninteressen englisches Recht gilt. Daher sind Maßnahmen wie z. B. die Gewährung eines aufsteigenden Darlehens oder die Beteiligung an einem *cash pool* nur bei positiven Rückwirkungen auf die Untergesellschaft zulässig.²⁰³⁰

Dieses Regelungsregime mindert aus verschiedenen Gründen die Effizienz im SPE-Konzern. Negativ wirken sich zunächst die Rechtsunsicherheiten aus, die daraus entstehen, dass sich der Pflichtenmaßstab aus dem Unionsrecht, die Haftungsfolge aber aus nationalem Recht ergibt. Außerdem verschlechtern die zwischen den mitgliedstaatlichen Rechten bestehenden Unterschiede die Organisierbarkeit und Rechtssicherheit im transnationalen SPE-Konzern.²⁰³¹ Schließlich wird die Effizienz noch dadurch gemindert, dass der Ordnungsgeber offenbar auch Aufsichtsratsmitglieder und sämtliche Verwaltungsratsmitglieder als Geschäftsführer ansieht.²⁰³²

Ebenso könnten Haftungsnormen eines Existenz- und Liquiditätsschutzes jenseits des Stammkapitalschutzsystems gelten. Ob dies der Fall ist, wird an späterer Stelle untersucht.²⁰³³

²⁰²⁵ Vgl. allgemein Kapitel 5 C. II. 3., 0 B. III. 4. b); vgl. *Teichmann*, AG 2013, 184, 193; *Hannigan*, *Company Law*, mn. 6-9 (p. 142), 6-17 (p. 146), 6-23 et seq. (pp. 147 et seq.); *Davies*, *Company Law*, p. 98; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 698 f., 753, 756 f.; *Doralt*, *Managerpflichten*, sec. 250 mn. 2, 4, sec. 215 mn. 1 et seq.

²⁰²⁶ Dazu unter nachstehend D.

²⁰²⁷ Vgl. secc. 171 et seq., 174, 178, 847, 851, 852, 1157 CA 2006, CDDA 1986, sec. 212 IA 1986; *KPMG*, *Machbarkeitsstudie*, S. 129, 134; *Hannigan*, *Company Law*, mn. 20-93 et seq. (pp. 510 et seq.), 20-113 et seq. (pp. 517 et seq.); *French/Mayson/Ryan*, *Company Law*, ch. 10.3.9 (pp. 293 et seq.); *Davies*, *Company Law*, pp. 84 ff.; *Doralt*, *Managerpflichten*, sec. 170 mn. 12; zur vorherigen Rechtslage *Schall*, *DStR* 2006, 1229, 1231 f., 1234; *Fleischer*, in: *DStR* 2000, 1015, 1016; wohl für deliktsrechtliche Qualifikation von *Thunen*, *Directors' Duty*, S. 127, 135.

²⁰²⁸ Vgl. Kapitel 7 B. III. 4. b).

²⁰²⁹ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (b) (ii).

²⁰³⁰ Vgl. allgemein Kapitel 6 D. V. und Kapitel 7 B. III. 4. c).

²⁰³¹ So auch *Hommelhoff*, in: *FS Roth*, S. 269, 270 f.; *Ehricke*, in: *Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die EPG*, S. 66 – unter Hinweis auf z. B. Artt. 17 NRn. 1 und 3, 15 Nr. 2 und 16 Nr. 1 SPE-VOE-CREDA 1997; mit der aktualisierten Fassung *Teichmann*, *ECL* 2006, 279, 281 f. (fragliche Vorschriften unverändert).

²⁰³² Vgl. Kapitel 5 B. I.

²⁰³³ Dazu unter nachstehend D.

b) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag?

Beim Grenzübertritt könnten unter dem Blickwinkel der Kapitalerhaltung auch aus anderen Gründen Effizienzverluste entstehen.

Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern darf eine deutsche Mutter-SPE mit ihrer ausländischen Tochter-SPE keinen Beherrschungsvertrag abschließen, wenn das ausländische Sachrecht Unternehmensverträge nicht kennt. Damit scheidet ein Beherrschungsvertrag einer deutschen Mutter-SPE mit einer englischen Tochter-SPE aus.²⁰³⁴ Folglich kann die Konzernspitze nicht erreichen, das durch englisches Recht unflexible und restriktive Verhältnis zur Tochter-SPE zu lockern und damit auch die Konzernfinanzierung zu erleichtern. Es ist ihr verwehrt, die Konzernfinanzierung auf der vergleichsweise sicheren und großzügigeren Grundlage eines deutschen Unternehmensvertrages anzuordnen und durchzuführen. Vielmehr muss die Geschäftsführung der Tochter-SPE einen erhöhten Prüfungs- und damit Kostenaufwand tragen, weil Finanzierungsmaßnahmen nur bei positiven Rückwirkungen auf die Untergesellschaft zulässig sind.²⁰³⁵ Unter dem Blickwinkel der Kapitalerhaltung entstehen also beim Grenzübertritt Effizienzverluste, wenn mit der ausländischen wie z. B. englischen Tochter-SPE kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen werden kann.

c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

In Auslegung des SPE-VOE-HU können die Gesellschafter kraft Satzungsunionsrecht Weisungsrechte vereinbaren und Zwischendividenden erlauben, aber nicht die Tochter-SPE auf ein Konzerninteresse ausrichten oder das Anknüpfungsmoment für das geltende nationale Bilanzrecht bzw. Solvenztestregime abändern.²⁰³⁶

Auch sofern der Satzungsgeber unionsrechtliche Weisungsrechte etabliert und damit vom englischen Recht abweicht,²⁰³⁷ haften die Gesellschafter und Organmitglieder nach den allgemeinen im deutsch-englischen SPE-Konzern geltenden Grundsätzen.²⁰³⁸

d) Zwischenfazit: Kapitalerhaltung im transnationalen SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung

Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern herrschen zwischen den verschiedenen Tochter-SPEs bei Ausschüttungen zwangsläufig Unterschiede. Falls ein Bilanztest zu erstellen ist, ergeben sich die Unterschiede daraus, dass die den Ausschüttungen jeweils zugrundeliegenden Bilanzen und Beschlüsse gemäß Artt. 11, 26 Abs. 2 SPE-VOEHU nach nationalem Recht erstellt und veröffentlicht werden müssen. Für eine Tochter-SPE englischer Provenienz ist also eine Ausschüttungsbilanz entweder nach *UK GAAP* oder *IFRS* aufzustellen, wobei allerdings *IFRS*-Bilanzen zu Ausschüttungszwecken beim Reingewinn korrigiert werden müssen. Allerdings ist die Veröffentlichung der Ausschüttungsbilanz beim *Companies House* grundsätzlich verzichtbar, weil das englische Recht entsprechende Pflichten nur für *public companies* und damit nicht für die SPE vorsieht. Vergleicht man das engli-

²⁰³⁴ Vgl. Kapitel 7 B. III. 3.

²⁰³⁵ Vgl. Kapitel 6 D. V., Kapitel 7 B. III. 4. c).

²⁰³⁶ Vgl. ausführlich

Kapitel 5 und Kapitel 6

sowie unter vorstehend 1. a) (1) (c).

²⁰³⁷ Vgl. Kapitel 5 C. V.

²⁰³⁸ Vgl. unter vorstehend a) (3).

sche Ausschüttungsregime mit dem deutschen Ausschüttungsregime, divergieren also aufgrund der vielfältigen Unterschiede zwischen den Regimen nicht nur die Verfahren und Techniken der Ausschüttungsbemessung, sondern auch die zahlenmäßigen Ergebnisse und formellen Anforderungen. Das mindert die Effizienz im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern enorm.²⁰³⁹

Sofern nationales wie z. B. englisches Recht auf Basis von Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU einen Solvenzttest vorschreibt, vergrößern sich die Unterschiede zwischen den Ausschüttungsregimen im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern. Denn es ist einerseits davon auszugehen, dass die Domizilstaaten anderer Tochter-SPEs wie z. B. Deutschland von ihrem Wahlrecht zur Einführung eines Solvenzttests keinen Gebrauch machen. Doch selbst wenn auch andere Tochter-SPEs Solvenzttests erstellen müssen, verbleiben Unterschiede, weil auf Grundlage des SPE-VOE-HU durchaus streitbar ist, welche Gestaltungsspielräume die Mitgliedstaaten bei Einführung eines SPE-Solvenzttests haben. Sofern Solvenzbescheinigungen ausgestellt werden müssen, sind sie im sitzaufgespaltenen SPE-Konzern nach Art. 21 Abs. 4 S. 3 SPE-VOE-HU am Geschäftssitz der Tochter-SPE offenzulegen. Insgesamt gesehen führt also die Einführung von Solvenzttests im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern zu starken Rechtszersplitterungen und mindert damit die Effizienz sehr stark.²⁰⁴⁰

3. Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung

a) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag

(1) Bilanz- bzw. Solvenzttest

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Sitzaufspaltung im Vergleich zur Sitzkoppelung im Hinblick darauf hat, dass Ausschüttungen der Tochter-SPE von einem Bilanz- bzw. Solvenzttest abhängig sind. Es gibt drei Varianten, wie das Sitzstaatenrecht ausgestaltet sein kann.²⁰⁴¹

Die erste Variante ist ein Bilanztestsystem nach Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU.²⁰⁴² Nach dem Sachnormverweis in Art. 26 SPE-VOE-HU gilt das Bilanzrecht des Domizilstaates.²⁰⁴³ Sind die Sitzungssitze im SPE-Konzern also in Deutschland konzentriert, dürfen sich die Ausschüttungen aller Konzerngesellschaften einheitlich an den bekannten HGB-Abschlüssen unter Ausschluss der *IFRS* messen lassen. Insofern entspricht die Situation derjenigen im nationalen SPE-Konzern. Sie unterscheidet sich erheblich von derjenigen im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern, wo die an den im Ausland jeweils anwendbaren Rechnungslegungsstandards Geltung beanspruchen. Nichtsdestotrotz verbleiben die auch im nationalen und sitzgekoppelten transnationalen Konzern bestehenden Rechtsunsicherheiten, die sich aus dem Verständnis des Ausschüttungsbegriffs und seiner Anwendung auf ein konzerninternes Finanz- und Liquiditätsmanagement ergeben.²⁰⁴⁴

Die zweite Variante ist ein Solvenzttestsystem nach Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU i. V. m. dem nationalen SPE-

²⁰³⁹ Vgl. unter vorstehend (1), (2), (3).

²⁰⁴⁰ Vgl. unter vorstehend (2).

²⁰⁴¹ Vgl. unter vorstehend 1. a) (1) (f) (ii).

²⁰⁴² Vgl. unter vorstehend 1. a).

²⁰⁴³ Ebenso *Nachtwey*, Bilanzrecht, mit Zusammenfassung auf S. 609 ff.; vgl. unter vorstehend 1. a).

²⁰⁴⁴ Vgl. unter vorstehend 1. a).

Ausführungsgesetz.²⁰⁴⁵ Zwar ist nicht zu empfehlen und nicht zu erwarten, dass Deutschland bei der SPE für einen alleinigen Solvenzttest optiert. Doch selbst wenn sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschließen würde, würde sich die Rechtslage einheitlicher gestalten als im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern. Aufgrund der Konzentration der Satzungssitze in Deutschland ist zweitrangig, ob dem Gesetzgeber ein Spielraum zukommt, und es ist unerheblich, wie sich die Gesetzgeber anderer Mitgliedstaaten entscheiden.²⁰⁴⁶ Bei der dritten Variante handelt es sich um ein kombiniertes Bilanz- und Solvenzschutzsystem nach Art. 21 SPE-VOE-HU i. V. m. dem nationalen SPE-Ausführungsgesetz. Hierfür gelten die zum isolierten Bilanz- bzw. Solvenzttest gemachten Ausführungen entsprechend.

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass die Sitzaufspaltung die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern im Vergleich zur Sitzkoppelung steigert. Hierbei hat es im Ergebnis grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Effizienz, ob sich der Domizilstaat für ein Bilanztest-, Solvenzttest- oder kombiniertes Bilanz- und Solvenzttest-System entscheidet. In jedem Fall verbleiben die auch im nationalen und sitzgekoppelten transnationalen Konzern bestehenden Rechtsunsicherheiten, die sich aus dem Verständnis des Ausschüttungsbegriffs und seiner Anwendung auf ein konzerninternes Finanz- und Liquiditätsmanagement ergeben.²⁰⁴⁷

(2) Publizität im Verwaltungssitzstaat

Fraglich ist, ob im sitzaufgespaltenen SPE-Konzern Ausschüttungsbilanzen, Solvenzttests und die insofern ergehenden Gesellschafterbeschlüsse lediglich am Satzungssitz oder zusätzlich am Verwaltungssitz der Tochter-SPE publiziert werden müssen.

Die Publizität richtet sich nach der allgemeinen Publizitätsvorschrift in Art. 11 SPE-VOE-HU. Bei der Vorschrift handelt es sich wie bei den anderen Verweisnormen auch um einen Sachnormverweis auf das Sitzstaatenrecht. Folglich gilt grundsätzlich nur das in Umsetzung der Publizitätsrichtlinie erlassene nationale Recht. Demnach müssten Veröffentlichungen im SPE-Konzern lediglich im Domizilstaat erfolgen. Dadurch würde die Sitzaufspaltung im Vergleich zur Sitzkoppelung die Effizienz im SPE-Konzern erheblich steigern.

Fraglich ist allerdings, ob und inwiefern auch das in Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie erlassene nationale Recht gilt. Danach muss dasjenige am Ort der Zweigniederlassung offengelegt und zuvor gegebenenfalls geprüft werden muss, was auch nach dem Recht des Satzungssitzstaates offenzulegen und zuvor gegebenenfalls zu prüfen ist und in den abschließenden Richtlinienkatalogen genannt ist.²⁰⁴⁸ Mithin müssten Ausschüttungsjahresbilanzen zusätzlich in den Verwaltungssitzstaaten der Tochter-SPEs publiziert werden. Bei einer englischen Tochter-SPE wäre freilich einschränkend zu bedenken, dass das englische Recht die Einreichung von Ausschüttungsbilanzen beim *Companies House* nur für *public companies* und damit nicht für die SPE vorsieht.²⁰⁴⁹ Ob und inwiefern das in Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie erlassene nationale Recht für Tochter-SPEs gilt, könnte eine historische Auslegung des SPE-VOE-HU ergeben. Bis zum SPE-VOE-CZ verwies Art. 13 SPE-VOE für Zweigniederlassungen auf das am Geschäftssitz geltende Recht einschließlich der Umsetzungsvorschriften zur

²⁰⁴⁵ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²⁰⁴⁶ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²⁰⁴⁷ Vgl. aber *Hommelhoff*, in: ders./Schubel/Teichmann/SPE, S. 23, 36 f.

²⁰⁴⁸ Vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 28 Rn. 9; zum englischen Recht secc. 434, 435, 449 CA 2006; *French/Mayson/Ryan*, *Company Law*, ch. 9.6.8 (pp. 273 et seq.).

²⁰⁴⁹ Vgl. sec. 836 CA 2006; *French/Mayson/Ryan*, *Company Law*, ch. 10.3.8 (p. 292 et seqq.).

Zweigniederlassungsrichtlinie. Unter Berufung auf Art. 13 SPE-VOE wurde vertreten, die Rechnungslegungsunterlagen müssten zusätzlich nach dem Geschäftssitzstaatenrecht veröffentlicht werden.²⁰⁵⁰ Die Reichweite von Art. 13 SPE-VOE war aber durchaus zweifelhaft. Aus Sicht transnationaler Konzerne wäre es einem Super-GAU gleichgekommen, wenn trotz der in Art. 7 SPE-VOE eventuell zugelassenen Sitzaufspaltung über Art. 13 SPE-VOE womöglich doch das Geschäftssitzstaatenrecht umfänglich zur Anwendung gelangt wäre. Mit der Streichung von Art. 13 SPE-VOE seit dem SPE-VOE-SE wollte der Verordnungsgeber diese Zweifel beseitigen. Er ging davon aus, dass das Geschäftssitzstaatenrecht schlicht nach allgemeinen Grundsätzen einschlägig ist.²⁰⁵¹ Nach diesen allgemeinen Grundsätzen gilt in Publizitätsfragen das in Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie erlassene nationale Recht. Folglich ergibt eine historische Auslegung des SPE-VOE-HU, dass das in Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie erlassene nationale Recht nur ausnahmsweise, und zwar im Hinblick auf Jahresabschlüsse gilt, die als Ausschüttungsbilanz dienen.

Fraglich ist jedoch, ob eine eventuell erforderliche Solvenzbescheinigung im Verwaltungssitzstaat offenzulegen ist. Art. 21 Abs. 4 S. 3 SPE-VOE-HU schreibt für Solvenzbescheinigungen eigens vor, dass sie nach dem in Umsetzung der Publizitätsrichtlinie erlassenen nationalen Recht offenzulegen ist. Auch diese Vorschrift ist als Sachnormverweisung auf das nationale Recht des Satzungssitzstaates der Tochter-SPE zu verstehen. Dementsprechend muss die Solvenzbescheinigung lediglich im Satzungssitzstaat publiziert werden. Freilich wird die Publizitätsrichtlinie rein konzeptionell durch die Zweigniederlassungsrichtlinie ergänzt.²⁰⁵² Aus diesem Grund könnte argumentiert werden, Art. 21 Abs. 4 S. 3 SPE-VOE-HU meine bei Zweigniederlassungen die Zweigniederlassungsrichtlinie anstelle der Publizitätsrichtlinie. Dies widerspräche indes nicht nur dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift, sondern erschiene selbst unter Drittschutzgesichtspunkten zu weit hergeholt. Folglich braucht eine eventuell erforderliche Solvenzbescheinigung gemäß Art. 21 Abs. 4 S. 3 SPE-VOE-HU in Verbindung mit dem in Umsetzung der Publizitätsrichtlinie erlassenen nationalen Recht im Verwaltungssitzstaat nicht offengelegt zu werden.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass Ausschüttungsbilanzen, Solvenzttests und die insofern ergehenden Gesellschafterbeschlüsse im sitzaufgespaltenen SPE-Konzern lediglich am einheitlichen Satzungssitz publiziert werden müssen. Das Recht des Verwaltungssitzstaates kommt nur in Bezug auf Ausschüttungsjahresbilanzen flankierend zur Anwendung. Insofern steigert die Sitzaufspaltung die Effizienz im Vergleich zum sitzgekoppelten SPE-Konzern erheblich.

(3) Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalerhaltung

(a) Unionsrechtliche Rechtsfolgen

Im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern haften Ausschüttungsempfänger ebenso wie im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern unionsweit einheitlich nach Art. 22 SPE-VOE-HU, während eine unionsrechtliche Haftung von Organmitgliedern wegen rechtswidriger Ausschüttungen dagegen nicht existiert.²⁰⁵³ Über

²⁰⁵⁰ So *Nachtwey*, Bilanzrecht, mit Zusammenfassung auf S. 609 ff.; a. A. offenbar *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 767.

²⁰⁵¹ Vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, EU-UKR, § 28 Rn. 9.

²⁰⁵² Zum Verhältnis der Zweigniederlassungsrichtlinie zur Publizitätsrichtlinie z. B. *Wendt*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 829.

²⁰⁵³ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (a) (i) und (ii), 2. a) (3) (a), (b) (i) und (ii).

Artt. 21, 26 SPE-VOE-HU unterliegt der Pflichtentatbestand, dessen Verletzung zur Haftung aus Art. 22 SPE-VOE-HU führen kann, einheitlich dem nationalen Recht des Satzungssitzstaates, so dass die Sitzaufspaltung im Vergleich zur Sitzkoppelung effizienzsteigernd wirkt.

(b) Nationalrechtliche Rechtsfolgen

(i) Gesellschafterhaftung

Möglicherweise haften die Gesellschafter einer SPE mit Satzungssitz in Deutschland und Verwaltungssitz in England auch nach nationalem Recht wegen rechtswidriger Ausschüttungen.

Über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU gelten zunächst ebenso wie im rein deutschen SPE-Konzern die im GmbH-Recht geltenden Grundsätze zu Leistungen an Erfüllungs statt, zur Ausfallhaftung von Mitgesellschaftern und flankierenden Haftungsansprüchen aus einer gesellschaftlicher Treuepflicht.²⁰⁵⁴ Indem flankierende Haftungsansprüche indes auch nichtgesellschaftsrechtlicher Natur sein können, können sich im Übrigen Unterschiede zum rein deutschen SPE-Konzern ergeben. Bei einer Tochter-SPE mit Verwaltungssitz in England kommt also eine *constructive trustee*-Haftung im SPE-Konzern in Betracht.²⁰⁵⁵ Außerdem könnten deutsche bzw. englische Haftungsnormen eines Existenz- und Liquiditätsschutzes jenseits des Stammkapitalschutzsystems gelten. Ob dies der Fall ist, wird an späterer Stelle untersucht.²⁰⁵⁶

Haben die Gesellschafter die rechtswidrige Ausschüttung gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. § 37 GmbHG angewiesen, haftet die Mutter-SPE ebenso wie im rein deutschen SPE-Konzern nicht als faktische Geschäftsführerin.²⁰⁵⁷ Die im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern herrschende Haftung nach englischem Recht als sogenannte *shadow director*²⁰⁵⁸ scheidet aufgrund des deutschen Satzungssitzes der Tochter-SPE aus. Die im englischen Recht für rechtswidrige Ausschüttungen vorgesehenen Ansprüche gegen Gesellschafter sind als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren²⁰⁵⁹ und daher durch Art. 22 SPE-VOE-HU grundsätzlich gesperrt.

²⁰⁵⁴ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (a) (i) und (ii), 2. a) (3) (a), (b) (i) und (ii).

²⁰⁵⁵ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (a) (i) und (ii), 2. a) (3) (a), (b) (i) und (ii).

²⁰⁵⁶ Dazu unter nachstehend D.

²⁰⁵⁷ So z. B. *Drygala/Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch/GmbH-Geschäftsführung, § 42 Rn. 77; *Mülbert*, in: MüKo-HGB, Konzernrecht der Personengesellschaften Rn. 208, 221, 229; *Lutter*, in: ders./Hommelhoff/GmbHG, Anh. Zu § 13 Rn. 22; a. A. bei der GmbH & Co. KG *U.H. Schneider/Crezelius*, in: Scholz/GmbHG, § 43 Rdnr. 429 ff.; bei der GmbH *Jungkurth*, Konzernleitung bei der GmbH, S. 169 ff.; allgemein *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, § 43 Rn. 220 ff.

²⁰⁵⁸ Vgl. allgemein O C. II. 3., O B. III. 4. b); vgl. *Teichmann*, AG 2013, 184, 193; *Hannigan*, Company Law, mn. 6-9 (p. 142), 6-17 (p. 146), 6-23 et seq. (pp. 147 et seq.); *Davies*, Company Law, p. 98; *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 698 f., 753, 756 f.; *Doralt*, Managerpflichten, sec. 250 mn. 2, 4, sec. 215 mn. 1 et seqq.

²⁰⁵⁹ Haftung aus *statutory and common law*, secc. 847, 851, 852 CA 2006; *Thole*, in: Schall/Companies Act, sec. 847 Rn. 11, sec. 851 Rn. 5; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ch. 10.3.9 (pp. 293 et seqq.); *Hannigan*, Company Law, mn. 20-93, 20-113 et seq. (pp. 510 et seq., 516 et seq.); *Davies*, Company Law, pp. 84 ff.; *KPMG*, Machbarkeitsstudie, S. 129, 134; *Doralt*,

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die Gesellschafter einer SPE mit Satzungssitz in Deutschland und Verwaltungssitz in England neben Art. 22 SPE-VOE-HU grundsätzlich nur nach deutschem Recht wegen rechtswidriger Ausschüttungen haften.

(ii) Organhaftung

Die Organmitglieder einer SPE mit Satzungssitz in Deutschland und Verwaltungssitz in England können zunächst ebenso wie im rein deutschen SPE-Konzern für falsche Solvenzbescheinigungen haften, falls der deutsche Gesetzgeber gemäß Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU entsprechende Regelungen in seinem SPE-Ausführungsgesetz vorsieht. Insofern steigert die Sitzaufspaltung im Vergleich zur Sitzkoppelung die Effizienz, weil konzernweit einheitlich das Recht des Satzungssitzstaates gilt.

Außerdem können die Organmitglieder der Tochter-SPE und der Mutter-SPE ebenso wie im rein deutschen SPE-Konzern über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU einheitlich nach deutschem Recht zur Verantwortung gezogen werden. Über Artt. 21, 26 SPE-VOE-HU unterliegt auch der bei Ausschüttungen geltende Pflichtentatbestand einheitlich deutschem Recht. Daher steigert die Sitzaufspaltung die Effizienz im Vergleich zur Sitzkoppelung enorm. Einziger Wermutstropfen ist die verbleibende Rechtsunsicherheit, ob und inwieweit am englischen Satzungssitz der Tochter-SPE Veröffentlichungen vorgenommen werden müssen.²⁰⁶⁰

Zusätzliche Effizienzvorteile entstehen dadurch, dass über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU konzernweit einheitlich Weisungen zulässig sind und – was noch zu untersuchen ist – bei Einpersonen-SPEs oder einvernehmlichem Zusammenwirken der SPE-Gesellschafter möglicherweise kein Schädigungsverbot gilt.²⁰⁶¹ Ob und inwieweit weitere Haftungsnormen eines Existenz- und Liquiditätsschutzes jenseits des Stammkapitalschutzsystems gelten, wird ebenfalls an späterer Stelle untersucht.²⁰⁶²

b) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag

Im transnationalen SPE-Konzern steigert die Sitzaufspaltung die Effizienz, weil die Tochter-SPEs Beherrschungsverträgen unterworfen werden können. Das ist zunächst deshalb vorteilhaft, weil anders als im faktischen SPE-Konzern auch nachteilige Weisungen erteilt werden dürfen.²⁰⁶³ Außerdem hat ein Unternehmensvertrag Vorzüge im Bereich der Kapitalerhaltung, indem aufgrund des analog § 302 AktG bestehenden Verlustausgleichsanspruchs typischerweise keine Ausschüttungen vorliegen.²⁰⁶⁴ Sofern eine Transaktion als *Ausschüttung* zu qualifizieren ist, sollte wie im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern erwogen werden, die am Geschäftssitz der Auslandstochter herrschenden Publizitätspflichten zu erfüllen.²⁰⁶⁵

Auch unter Haftungsgesichtspunkten kann der Abschluss eines Unternehmensvertrages interessant sein. Denn

Managerpflichten, sec. 170 mn. 12; zum CA 1985 *Fleischer*, in: DStR 2000, 1015, 1016; *Schall*, DStR 2006, 1229, 1231 f, 1234.

²⁰⁶⁰ Vgl. unter vorstehend 1. a) (1), (2) (b) (ii), 2. a) (1).

²⁰⁶¹ Vgl. Kapitel 5 C. V., Kapitel 7 B. IV. 4.; zum Schädigungsverbot unter nachstehend D.

²⁰⁶² Dazu unter nachstehend D.

²⁰⁶³ Vgl. Kapitel 7 B. II. 2. c), IV. 3.

²⁰⁶⁴ Vgl. unter vorstehend 1. b) (1), (2).

²⁰⁶⁵ Vgl. unter vorstehend 2. a) (1).

es ist das aus dem deutschen Recht bekannte und vertraute Haftungsregime anwendbar.²⁰⁶⁶ Mit Abschluss des Beherrschungsvertrages ändert sich das Sorgfalts- und Haftungsregime, wodurch analog §§ 309, 310 AktG die Geschäftsführung der Mutter-SPE und die Geschäftsführungs- und Aufsichtspersonen der Tochter-SPE sowie nach § 280 Abs. 1 BGB auch die Mutter-SPE selbst gegenüber der Tochter-SPE haftbar sind.²⁰⁶⁷ Die Haftungstatbestände liegen im Regelungsbereich des SPE-VOE-HU und werden damit einheitlich an den in Deutschland zentrierten Satzungssitzen angeknüpft.²⁰⁶⁸ Die Gesellschafterhaftung wegen pflichtwidriger Weisungen wird zwar aus der allgemeinen schuldrechtlichen Norm des § 280 BGB hergeleitet, ist aber wegen ihres rechtsfortbildend gesellschafts- und organisationsspezifischen Zuschnitts als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.²⁰⁶⁹ Die Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens nach § 309 AktG sowie der gesetzlichen Vertreter und der Aufsichtsratsmitglieder nach § 310 AktG ist als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren, selbst wenn sie dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlungen unterfallen.²⁰⁷⁰ In der monistischen SPE sind die Tatbestände unionsrechtskonform auszulegen²⁰⁷¹ und ist gesteigerte Vorsicht geboten, weil der Verordnungsgeber sämtliche Verwaltungsratsmitglieder als vertretungsbefugt ansieht.²⁰⁷²

c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

In Auslegung des SPE-VOE-HU können die Gesellschafter kraft Satzungsunionsrecht Weisungsrechte vereinbaren und Zwischendividenden erlauben, aber nicht die Tochter-SPE auf ein Konzerninteresse ausrichten oder das Anknüpfungsmoment für das geltende nationale Bilanzrecht bzw. Solvenzttestregime abändern.²⁰⁷³ Auch sofern der Satzungsgeber anstelle des nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. § 37 GmbHG geltenden allgemeinen Weisungsrechts unionsrechtliche Weisungsrechte etabliert, haften die Gesellschafter und Organmitglieder nach den allgemeinen im sitzgespaltenen SPE-Konzern geltenden Grundsätzen. Mithin vermag Satzungsunionsrecht im sitzgespaltenen SPE-Konzern im Vergleich zum sitzgekoppelten SPE-Konzern nur insoweit Effizienzgewinne zu erzielen, wie ausländisches Recht anders als deutsches Recht keine Weisungen erlaubt.

d) Zwischenfazit: Kapitalerhaltung im transnationalen SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung

Im Ergebnis hat es grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Effizienz, ob sich der Domizilstaat für ein Bilanztest-, Solvenzttest- oder kombiniertes Bilanz- und Solvenzttest-System entscheidet. In jedem Fall verbleiben im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern die auch im nationalen und sitzgekoppelten transnationalen Konzern bestehenden Rechtsunsicherheiten, die sich aus dem Verständnis des Ausschüttungsbegriffs und seiner Anwendung auf ein konzerninternes Finanz- und Liquiditätsmanagement ergeben. Gleichwohl wirkt die Sitzaufspaltung effizienzsteigernd, weil Ausschüttungsbilanzen, Solvenzttests und die insofern ergehenden Ge-

²⁰⁶⁶ Vgl. Kapitel 7 B. II. 2. d), IV. 3. sowie unter vorstehend 1. b).

²⁰⁶⁷ Vgl. Kapitel 7 B. II. 2. d), IV. 3. sowie unter vorstehend 1. b).

²⁰⁶⁸ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12); Kapitel 2 G.

²⁰⁶⁹ Allgemein Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 35; Kapitel 5 C. II. 3., Kapitel 7 B. II. 2. d).

²⁰⁷⁰ Im internationalen Kontext Ehrlicke, in: MüKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 56 f.

²⁰⁷¹ Vgl. Kapitel 4 IV.

²⁰⁷² Ebenso auf Basis des SPE-VOE-K wie hier Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897, 902; Bucker, ZHR 173 (2009), 281, 293; a. A. Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 284; zur SE vgl. Altmeyden, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 31 f.; vgl. auch Eberspächer, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 48 SE-VO Rn. 8 m. w. N.; vgl. auch Veil, WM 2003, 2169, 2174 f.; skeptisch dagegen Hirte, in: GK-AktG, § 308 Rn. 75.

²⁰⁷³ Vgl. Kapitel 4 E. I., G., Kapitel 5 C. V., Kapitel 6 D. V. sowie unter vorstehend 1. a) (1) (c) und (e) (ii), c).

sellschafterbeschlüsse lediglich am einheitlichen Satzungssitz publiziert werden müssen und das Recht des Verwaltungssitzstaates nur in Bezug auf Ausschüttungsjahresbilanzen flankierend zur Anwendung kommt. Außerdem wird die Gesellschafterhaftung für rechtswidrige Ausschüttungen im Vergleich zum sitzgespaltenen SPE-Konzern vereinheitlicht, indem über Artt. 21, 26 SPE-VOE-HU der zugrundeliegende Pflichtentatbestand sowie etwaige flankierende Haftungsgrundsätze einheitlich dem nationalen Recht des Satzungssitzstaates unterliegen. Ebenso wird die Organhaftung vereinheitlicht.²⁰⁷⁴

Die Sitzaufspaltung wirkt sich im Rahmen der Kapitalerhaltung im transnationalen SPE-Konzern vorteilhaft aus, weil die Unternehmen anders als bei Sitzkoppelung auch Unternehmensverträge eingehen dürfen.²⁰⁷⁵ Dagegen vermag Satzungsunionsrecht im sitzgespaltenen SPE-Konzern im Vergleich zum sitzgekoppelten SPE-Konzern nur insoweit Effizienzgewinne zu erzielen, wie ausländisches Recht anders als deutsches Recht keine Weisungen erlaubt.²⁰⁷⁶

III. Zusammenfassung: Kapitalerhaltung im SPE-Konzern

1. Relevanz eines Kapitalerhaltungsregimes für das Finanzmanagement im Konzern²⁰⁷⁷

Der SPE-Konzern erfordert eine angemessene Balance zwischen organisations- und schutzrechtlichen Komponenten. Mithin könnte es für das Finanzmanagement im SPE-Konzern von Bedeutung sein, ob und inwiefern die SPE einem Kapitalerhaltungsregime unterliegt. Die Gläubiger und etwaigen Minderheitsgesellschafter einer Tochter-SPE haben ein Interesse daran, dass der Tochter-SPE nicht zugunsten ihrer Gesellschafter solche Vermögenswerte entzogen werden, die die Tochter-SPE eigentlich zur Gläubigerbefriedigung bzw. zur Befriedigung von Dividendenansprüchen der Minderheitsgesellschafter benötigt. Beim Finanzmanagement im SPE-Konzern können einer Tochter-SPE Vermögenswerte dadurch entzogen werden, dass sie konzerninterne Darlehen gewährt oder zurückzahlt bzw. an ein *cash pooling*-System angeschlossen ist.

2. Isolierte Weisungsrechte²⁰⁷⁸

Was effizienzsteigernde *isolierte* Weisungsrechte im Rahmen der Konzernfinanzierung anbelangt, erweisen sich der faktische SPE-Konzern, der SPE-Vertragskonzern und der SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht im rein deutschen Sachverhalt ebenso wie im sitzaufgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern als gleichwertige Alternativen. Auswirkungen auf die Kapitalerhaltung im SPE-Konzern haben die Gestaltungsvarianten zu *isolierten* Weisungsrechten jedoch nicht. Unterschiede können sich nur dann ergeben, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden.

Die Sitzaufspaltung wirkt sich im Rahmen der Kapitalerhaltung im transnationalen SPE-Konzern vorteilhaft aus, weil die Unternehmen anders als bei Sitzkoppelung auch Unternehmensverträge eingehen dürfen.²⁰⁷⁹ Dagegen vermag Satzungsunionsrecht im sitzgespaltenen SPE-Konzern im Vergleich zum sitzgekoppelten SPE-Konzern nur

²⁰⁷⁴ Vgl. unter vorstehend a).

²⁰⁷⁵ Vgl. unter vorstehend b).

²⁰⁷⁶ Vgl. unter vorstehend c).

²⁰⁷⁷ Vgl. unter vorstehend I.

²⁰⁷⁸ Vgl. Kapitel 5, Kapitel 7 II. 2. c). sowie unter vorstehend II. 1. b) und c).

²⁰⁷⁹ Vgl. unter vorstehend b).

insoweit Effizienzgewinne zu erzielen, wie ausländisches Recht anders als deutsches Recht keine Weisungen erlaubt.²⁰⁸⁰

3. Unionsrechtliches Schutzkonzept

a) Ausschüttungsbegriff, Ausschüttungsempfänger, Erlaubnis von Zwischendividenden und Sachausschüttungen²⁰⁸¹

Der Begriff der Ausschüttung in Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU ist sehr weit und konkreter als in Art. 15 Abs. 1 lit. d Kapitalrichtlinie a. F. bzw. Art. 17 Abs. 4 Kapitalrichtlinie n. F. gefasst. Echte Zwischendividenden stellen einen Unterfall von Ausschüttungen dar, bedürfen aber nach Art. 21 Abs. 1 i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 6 einer Satzungsregelung. Sachausschüttungen sind unionsrechtlich ohne Weiteres erlaubt. Als Ausschüttungsempfänger sind allgemein nur solche Zuwendungsempfänger anzusehen, die im Gesellschafterverzeichnis eingetragen sind oder als unmittelbare Anteilsinhaber der SPE in das Gesellschafterverzeichnis eingetragen werden können.

Insoweit ergeben sich keine Unterschiede, gleich ob es sich um einen rein deutschen, einen sitzgekoppelten transnationalen oder einen sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern handelt, und gleich ob ein faktischer oder Vertragskonzern gebildet wurde. Satzungsunionsrecht vermag die Effizienz unionsweit einheitlich zu steigern, indem Zwischendividenden zugelassen werden können. Ein unionsrechtliches Weisungsrecht zu vereinbaren, kann die Effizienz zwar steigern, hat aber auf die Kapitalerhaltung der SPE keinen Einfluss.

b) Bilanztest²⁰⁸²

Ausschüttungen bei der SPE erfordern nach Art. 21 Abs. 1 SPE-VOE-HU grundsätzlich einen Bilanztest, einen Gesellschafterbeschluss in Bezug auf die der Ausschüttung zugrundeliegende Jahres- oder Zwischenbilanz sowie einen Gesellschafterbeschluss in Bezug auf die Ausschüttung als solche.

Unabhängig von der Strukturierung des SPE-Konzerns wird der Ausschüttungsbetrag stets durch einen bilanziellen Sockelbetrag und den Bilanzgewinn begrenzt, wobei nur unausgewogene bzw. drittunübliche Transaktionen unter den Ausschüttungsbegriff allen. Außerdem bedürfen Ausschüttungsbeschlüsse unionsweit einheitlich zweier Gesellschafterbeschlüsse. Im Übrigen können sich aber Unterschiede in Abhängigkeit davon ergeben, ob ein rein deutscher, ein sitzgekoppelter transnationaler oder ein sitzgespalten transnationaler SPE-Konzern vorliegt.

²⁰⁸⁰ Vgl. unter vorstehend c).

²⁰⁸¹ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (1) (a), (b), (c), (d), 2., 3.

²⁰⁸² Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (1) (e), 2. a) (1), 3. a) (1).

Falls ein Bilanztest zu erstellen ist, müssen die den Ausschüttungen jeweils zugrundeliegenden Bilanzen und Beschlüsse gemäß Artt. 11, 26 Abs. 2 SPE-VOE-HU nach nationalem Recht erstellt und veröffentlicht werden. Im rein deutschen und im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern muss für Ausschüttungen eine Jahres- bzw. Zwischenbilanz nach den durch das BilMoG fortentwickelten HGB-Rechnungslegungsstandards aufgestellt und im Bundesanzeiger veröffentlicht werden, während *IFRS*-Bilanzen zur Ausschüttungsbemessung nicht herangezogen werden dürfen. Im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern kommt eine zusätzliche Veröffentlichung der Ausschüttungsbilanz beim *Companies House* in Betracht, ist aber im Ergebnis nach englischem Recht abzulehnen. Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern kann die Ausschüttungsbilanz dagegen entweder nach *UK GAAP* oder *IFRS* aufgestellt und braucht nicht beim *Companies House* veröffentlicht zu werden, wobei *IFRS*-Bilanzen zu Ausschüttungszwecken beim Reingewinn korrigiert werden müssen. Aufgrund der vielfältigen Unterschiede zwischen den nationalen Rechten können also nicht nur die Verfahren und Techniken der Ausschüttungsbemessung, sondern auch die zahlenmäßigen Ergebnisse und formellen Anforderungen im transnationalen SPE-Konzern stark divergieren. Die Sitzaufspaltung verschafft im Vergleich zur Sitzkoppelung erhebliche Effizienzgewinne.

Effizienzgewinne können im rein deutschen und im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern auch deshalb entstehen, weil die Unternehmen Vertragskonzerne bilden können. Denn nach hier vertretener Ansicht ist das deutsche GmbH-Vertragskonzernrecht mit Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU vereinbar. Daher liegt keine Ausschüttung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU vor, wenn der durch den Abschluss des Beherrschungsvertrages begründete Verlustausgleichsanspruch aus § 302 AktG analog werthaltig ist.

c) Solvenzttest²⁰⁸³

Je nachdem, ob und wie die Mitgliedstaaten von ihrem in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU gewährten Wahlrecht Gebrauch machen, können Ausschüttungen zusätzlich oder alternativ zum Bilanztest einen Solvenzttest erfordern. Hierbei muss das Geschäftsführungsorgan vor dem Ausschüttungsgesellschafterbeschluss den Gesellschaftern eine unterzeichnete, schriftliche „*Solvenzbescheinigung*“ vorlegen und anschließend veröffentlichen. Unabhängig von der Strukturierung des SPE-Konzerns ist der Ausschüttungsbegriff im Hinblick auf ein Solvenztesterfordernis ebenso einschränkend auszulegen wie im Hinblick auf ein Bilanztesterfordernis. Im Übrigen können sich aber Unterschiede in Abhängigkeit davon ergeben, ob ein rein deutscher, ein sitzgekoppelter transnationaler oder ein sitzgespalten transnationaler SPE-Konzern vorliegt. Dagegen gibt eine Strukturierung als faktischer oder Vertragskonzern im Übrigen keinen Ausschlag.

Sollte Deutschland auf Basis von Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU einen Solvenzttest vorschreiben, gilt im rein deutschen und im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern einheitlich das nationale Recht des Satzungssitzstaates Deutschland. Dagegen vergrößern sich die Unterschiede zwischen den Ausschüttungsregimen im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern. Denn es ist davon auszugehen, dass die Domizilstaaten anderer Tochter-SPEs von ihrem Wahlrecht zur Einführung eines Solvenzttests keinen Gebrauch machen. Doch selbst wenn auch andere Tochter-SPEs Solvenzttests erstellen müssen, verbleiben Unterschiede, weil auf Grundlage des SPE-VOE-HU durchaus Streitbar ist, welche Gestaltungsspielräume die Mitgliedstaaten bei Einführung eines SPE-Solvenzttests haben. Sofern Solvenzbescheinigungen ausgestellt werden müssen, sind sie im sitzaufgespaltenen

²⁰⁸³ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (1) (f), 2. a) (2), 3. a) (1).

SPE-Konzern außerdem nach Art. 21 Abs. 4 S. 3 SPE-VOE-HU am Geschäftssitz der Tochter-SPE offenzulegen. Insgesamt gesehen führt also die Einführung von Solvenzttests im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern zu starken Rechtszersplitterungen und mindert damit die Effizienz sehr stark.

Im rein deutschen und im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern können die Unternehmen eigentlich Vertragskonzerne bilden. Sofern allerdings ein Solvenzttestregime gilt, findet § 302 AktG anders als im GmbH-Vertragskonzern keine analoge Anwendung. Der Beherrschungsvertrag kann die bei der unverbundenen SPE bestehende Kapitalbindung nicht im Tausch gegen eine Verlustausgleichspflicht der herrschenden SPE überwinden. Folglich würde die Einführung eines Solvenzttestregimes die Effizienz im SPE-Konzern auch in dieser Hinsicht verschlechtern.

d) Ergänzende Anwendung des nationalen Rechts²⁰⁸⁴

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Ausschüttungen einer SPE rechtmäßig sind, beantwortet sich allein nach Unionsrecht. Insoweit ergeben sich keine Unterschiede, gleich ob es sich um einen rein deutschen, einen sitzgekoppelten transnationalen oder einen sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern handelt, und gleich ob ein faktischer oder Vertragskonzern gebildet wurde.

4. Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalaufbringung

Die Rechtsfolgen mangelnder oder mangelhafter Kapitalerhaltung richten sich für Gesellschafter und Organmitglieder sowohl nach Unions- als auch nach nationalem Recht.

a) Unionsrechtliche Rechtsfolgen

(1) Gesellschafterhaftung²⁰⁸⁵

Gemäß Art. 22 SPE-VOE-HU müssen die betreffenden Gesellschafter fehlerhafte Ausschüttungen grundsätzlich gegenständlich zurückgewähren, wobei Heilungsmaßnahmen oder Erlass- und Stundungsvereinbarungen nicht in Betracht kommen. Im Zusammenhang mit Ausschüttungsfehlern kommt es zwar auf eine unionsrechtliche Satzungsregelung zur Zulassung von Zwischendividenden an, nicht jedoch auf die im Zusammenhang mit der Ausschüttung erforderlichen Beschlüsse und Veröffentlichungen. Insoweit ergeben sich grundsätzlich keine Unterschiede, gleich ob es sich um einen rein deutschen, einen sitzgekoppelten transnationalen oder einen sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern handelt, und gleich ob ein faktischer oder Vertragskonzern gebildet wurde.

Unterschiede entstehen aber daraus, dass über Artt. 21, 26 SPE-VOE-HU der der Rückgewährpflicht zugrundeliegende Pflichtentatbestand dem nationalen Recht des Satzungssitzstaates unterliegt. Aus diesem Grund ist die Effizienz im rein deutschen und im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern größer als im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern.

²⁰⁸⁴ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (1) (g), 2., 3.

²⁰⁸⁵ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (2) (a) (i), 2. a) (b) (i), 3. a) (3) (i).

(2) Organhaftung²⁰⁸⁶

Die Haftung der Organmitglieder der ausschüttenden Tochter-SPE und ggf. ausschüttungsanweisenden Mutter-SPE für rechtswidrige Ausschüttungen behandelt das Unionsrecht dagegen nicht.

b) Nationalrechtliche Rechtsfolgen

(1) Gesellschafterhaftung²⁰⁸⁷

Neben Art. 22 SPE-VOE-HU kommt nationales Recht zwar nicht nach Art. 4 Abs. 3 oder Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU, wohl aber nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU zur Anwendung. Dementsprechend gilt nationales Recht für die Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Ausschüttungsempfänger etwas Anderes als das ursprünglich Erhaltene leisten darf, ob eine Ausfallhaftung seiner Mitgesellschafter besteht, andere Ansprüche in Anspruchskonkurrenz hinzutreten oder die Gesellschafter als sogenannte *shadow directors* haften. Unterschiede können außerdem daraus entstehen, dass über Artt. 21, 26 SPE-VOE-HU der zugrundeliegende Pflichtentatbestand dem nationalen Recht des Satzungssitzstaates unterliegt.

Folglich ist die Effizienz im rein deutschen und im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern größer als im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern. Bilden die Gesellschaften im rein deutschen oder im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern einen Vertragskonzern deutschen Rechts, ist der Haftungstatbestand des § 280 S. 1 BGB zu berücksichtigen.

(2) Organhaftung²⁰⁸⁸

Die Organmitglieder der ausschüttenden Tochter-SPE und ggf. ausschüttungsanweisenden Mutter-SPE haften für rechtswidrige Ausschüttungen über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU nach den nationalen Rechten der Satzungssitzstaaten. Für falsche Solvenzbescheinigungen können die Organmitglieder der Tochter-SPE außerdem gemäß Artt. 4 Abs. 2 lit. a, 45 SPE-VOE-HU nach nationalen SPE-Ausführungsregelungen zur Verantwortung gezogen werden.

Folglich ist auch im Hinblick auf die Organhaftung die Effizienz im rein deutschen und im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern größer als im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern. Bilden die Gesellschaften im rein deutschen oder im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern einen Vertragskonzern deutschen Rechts, sind die besonderen Haftungstatbestände der §§ 309, 310 AktG analog zu berücksichtigen.

5. Fazit: Auswirkungen der Konzernstrukturierung auf die Effizienz im SPE-Konzern

²⁰⁸⁶ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (2) (a) (ii), 2. a) (b) (ii), 3. a) (3) (ii).

²⁰⁸⁷ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (2) (b) (i), 2. a) (b) (i), 3. a) (3) (i) sowie Kapitel 7 B. II. 2. d), IV. 3.

²⁰⁸⁸ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (2) (b) (ii), 2. a) (b) (ii), 3. a) (3) (ii).
sowie Kapitel 7 B. II. 2. d), IV. 3.

Aus Effizienzgründen empfiehlt sich die unionsweite Installierung unionsrechtlicher Weisungsrechte in den Satzungen der Tochter-SPEs. Auswirkungen auf die Kapitalerhaltung im SPE-Konzern haben die Gestaltungsvarianten zu *isolierten* Weisungsrechten jedoch nicht. Eine Analyse des Kapitalerhaltungsregimes bei der SPE ergibt, dass es für die Effizienz im SPE-Konzern von größter Wichtigkeit ist, die SPEs sitzgespalten zu strukturieren und Beherrschungsverträge abzuschließen. Das Satzungsunionsrecht vermag in keinem der Fälle Effizienzverbesserungen zu erzielen.

D. Existenz- und Liquiditätsschutz

I. Relevanz eines Existenz- und Liquiditätsschutzregimes für das Finanzmanagement im SPE-Konzern

Der SPE-Konzern erfordert eine angemessene Balance zwischen organisations- und schutzrechtlichen Komponenten.²⁰⁸⁹ Mithin könnte es für das Finanzmanagement im SPE-Konzern von Bedeutung sein, welches Existenz- und Liquiditätsschutzregime gilt.

Die Gläubiger einer Tochter-SPE haben ein Interesse daran, dass der Tochter-SPE nicht zugunsten ihrer Gesellschafter solche Vermögenswerte entzogen werden, die die Tochter-SPE eigentlich zur Gläubigerbefriedigung benötigt. Ein solcher Vermögensverlust beeinträchtigt die Gläubigerinteressen, selbst wenn das Stammkapital der Tochter-SPE nach bilanzieller Betrachtung unverletzt bleibt. Auf einen solchen gegenständlichen Vermögensschutz legen traditionell die angelsächsischen Rechtssysteme besonderen Wert. Im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte und bei den daraus resultierenden Diskussionen auf Unionsebene setzt sich freilich mehr und mehr die Erkenntnis durch, dass ein gegenständlicher Vermögensschutz eine sinnvolle *Ergänzung* zum bilanziellen Vermögensschutz darstellt.²⁰⁹⁰ Folglich kommt es für das Schutzrecht im SPE-Konzern darauf an, die Liquidität der Tochter-SPEs vor unangemessenen Eingriffen zu schützen.²⁰⁹¹

Außerdem könnte ein Existenzschutzsystem erforderlich sein. Auch der Existenzschutz soll Lücken schließen, die ein bilanzielles Schutzsystem lässt. Missachten die Gesellschafter eigennützigweise, dass das Gesellschaftsvermögen eigentlich vorrangig der Gläubigerbefriedigung dienen soll, tritt das in den Buchwerten der Tochter-SPE möglicherweise gar nicht oder nur unzureichend in Erscheinung. Außerdem können die Eingriffe die Gläubigerinteressen auch dadurch gefährden, dass Kollateralschäden jenseits des eigentlichen Gesellschaftsvermögens verursacht werden. Schließlich haben die Gläubiger dann das Nachsehen, wenn das sprichwörtliche Kind bereits in den Brunnen gefallen ist, indem die alleinige Vermögensrückgewähr an die Tochter-SPE deren Insolvenz nicht mehr beseitigen kann.²⁰⁹² Aspekte eines solchen Existenzschutzes regelt der SPE-VOE-HU auf den ersten Blick

²⁰⁸⁹ Vgl. Kapitel 2 C.

²⁰⁹⁰ Vgl. *Hommelhoff*, in: Lutter/ders./GmbHG, § 30 Rn. 6 f.; *Hass*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 2; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, § 64 Rn. 21.

²⁰⁹¹ Vgl. Kapitel 2 C.

²⁰⁹² *BGH*, Urteil v. 16. Juli 2007 – *Trihotel*; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 5 f.; *Lutter/Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, § 13 Rn. 26; *Bitter*, in: Scholz/GmbHG, § 13 Rn. 161.

nicht.²⁰⁹³ Damit bietet sich auch hier ein Einfallstor für das nationale Recht. Daher ist fraglich, ob und nach welchen Vorschriften im SPE-Konzern die Tochter-SPEs vor einer missbräuchlichen Existenzvernichtung zu bewahren sind.²⁰⁹⁴

Mithin braucht es im SPE-Konzern ein angemessenes Existenz- und Liquiditätsschutzregime. Beim Finanzmanagement im SPE-Konzern kommt dieses System deshalb zum Tragen, weil die Gewährung oder Rückzahlung konzerninterner Darlehen bzw. das *cash pooling* naturgemäß zu Vermögensverschiebungen zwischen den Konzerngesellschaften führen. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf einige besonders bedeutsame Haftungstatbestände und haben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

II. Unterschiede im SPE-Konzern

1. Nationaler SPE-Konzern

a) SPE-Konzern als faktischer Konzern deutschen Rechts

(1) Schädigungsverbot

Bei der Prüfung, ob und inwiefern das deutsche Recht für faktische GmbH-Konzerne im deutschen SPE-Konzern Anwendung findet, wurde zunächst die Frage offengelassen, ob ein schadenersatzbewehrtes Schädigungsverbot herrscht.²⁰⁹⁵ Diese Frage soll nunmehr beantwortet werden.

(a) Inhalt und Qualifikation

Eine faktisch konzernierte GmbH verfügt über den treuepflichtbasierten Schutz ihrer Gesellschafter reflexartig über ein Eigeninteresse, das bei einvernehmlichem Zusammenwirken der Gesellschafter und in der Einpersonengesellschaft auf einen gläubigerschützenden Bestandsschutz begrenzt ist.²⁰⁹⁶ Dementsprechend gilt im faktischen GmbH-Konzern anders als im faktischen Aktien- bzw. SE-Konzern anstelle eines zeitlich gestreckten Nachteilsausgleichsanspruchs ein haftungsbewehrtes Schädigungsverbot der Gesellschafter, sofern jene nicht einvernehmlich darauf verzichten oder die GmbH nur einen einzigen Gesellschafter hat.²⁰⁹⁷

Dieses Schädigungsverbot könnte als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sein. Dafür spricht, dass es sich bei den innergesellschaftlichen Rechtsbeziehungen und insbesondere auch den Minderheitenrechten um Kernanliegen des Gesellschaftsrechts handelt.²⁰⁹⁸ Außerdem ist das Schädigungsverbot haftungsbewehrt, wobei die Haf-

²⁰⁹³ Ebenso *Culmann*, SPE in der Krise, S. 59.

²⁰⁹⁴ Zum GmbH-Recht *BGH*, Urteil v. 16. Juli 2007 – Trihotel; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 5 f.; *Lutter/Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, § 13 Rn. 26; *Emmerich/Bitter*, in: Scholz/GmbHG, § 13 Rn. 161; zum Vorschlag der EMCA-Gruppe *Conac*, ECFR-Vortrag, slides 18, 27 et seq.

²⁰⁹⁵ Vgl. Kapitel B. II. 3. b) (2).

²⁰⁹⁶ Zur GmbH *Vogt*, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 315.

²⁰⁹⁷ Vgl. allgemein *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, GmbH-Konzernrecht Rn. 368 ff., 401, 509 ff.; *Vogt*, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 308 ff.

²⁰⁹⁸ Allgemein z. B. *Lang*, in: Beck'scher-OK GmbHG, System. Darstellungen Int. Gesellschaftsrecht Rn. 4, 103 f.; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Intern. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 589, 610; *Leible* in: Michalski/GmbHG, System. Darstellung Int.

tungsverhältnisse innerhalb einer Gesellschaft typischerweise korporativer Natur sind.²⁰⁹⁹ Schließlich ist noch zu bedenken, das Schädigungsverbot Ausfluss der gesellschaftlicher Treuepflicht ist,²¹⁰⁰ die zum Personalstatut einer Gesellschaft gehört.²¹⁰¹ Folglich ist das deutsche Schädigungsverbot als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.²¹⁰² Eine SPE deutscher Provenienz verfügt über den Schutz ihrer Gesellschafter reflexartig über ein Eigeninteresse, das bei einvernehmlichem Zusammenwirken der Gesellschafter und in der Einpersonengesellschaft auf einen gläubigerschützenden Bestandsschutz begrenzt ist.²¹⁰³

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

Das Schädigungsverbot könnte im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU anwendbar sein. Die Verweisnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU ist einschlägig, weil das Schädigungsverbot als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist.²¹⁰⁴

(i) Lücke im Unionsrecht

Des Weiteren müsste das Unionsrecht insoweit lückenhaft sein.²¹⁰⁵ Die Lückenhaftigkeit des Unionsrechts ergibt sich zunächst daraus, dass der Verordnungsgeber das Eigeninteresse der nachgeordneten SPE grundsätzlich dem nationalen Recht anheimstellt, und zwar unabhängig davon, ob die Satzung der Tochter-SPE ein unionsrechtliches Weisungsrecht enthält oder nicht.²¹⁰⁶ Außerdem könnte der Tatbestand der Gesellschafterhaftung wegen rechtswidriger Ausschüttungen nach Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU im Hinblick auf den Gesellschafter- und Gläubigerschutz als nicht abschließend anzusehen sein. Selbst wenn keine Ausschüttung bzw. keine rechtswidrige Ausschüttung vorliegt, können Gesellschafter und Gläubiger unangemessen gefährdet sein. Der vom Verordnungsgeber verfolgte Schutzzweck wird nur dann wirksam erreicht, wenn das unionsrechtliche Kapitalschutzsystem durch einen Existenz- und Liquiditätsschutz ergänzt wird. Mithin ist der Haftungstatbestand in Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU im Hinblick auf den Gesellschafter- und Gläubigerschutz nicht als abschließend anzusehen. Das Unionsrecht ist lückenhaft.

Gesellschaftsrecht Rn. 137 ff.; Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 35, 37; zur gerichtlichen Durchsetzung *ders.*, in: MüKo-BGB, Intern. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 625; Servatius, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 404 ff., 424 ff.; ausführlich Weller, ZGR 2012, 606, 615 ff; zu Personengesellschaften vgl. auch Schall, in: Heidel/Schall/HGB, Anh. § 177a Int. PersGesR Rn. 18 f.

²⁰⁹⁹ Allgemein Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 35.

²¹⁰⁰ Unklar Kneisel, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285; vgl. allgemein Liebscher, in: MüKo-GmbHG, GmbH-Konzernrecht Rn. 368 ff., 401, 509 ff.; Vogt, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 308 ff.

²¹⁰¹ So auch Leible in: Michalski/GmbHG, System. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 139.

²¹⁰² Allgemein z. B. Lang, in: Beck'scher-OK GmbHG, System. Darstellungen Int. Gesellschaftsrecht Rn. 4, 103 f.; Kindler, in: MüKo-BGB, Intern. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 589, 610; Leible in: Michalski/GmbHG, System. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 137 ff.; Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 37; zur gerichtlichen Durchsetzung *ders.*, in: MüKo-BGB, Intern. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 625; Servatius, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 404 ff., 424 ff.; ausführlich Weller, ZGR 2012, 606, 615 ff; zu Personengesellschaften vgl. auch Schall, in: Heidel/Schall/HGB, Anh. § 177a Int. PersGesR Rn. 18 f.

²¹⁰³ Zur GmbH Vogt, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 315.

²¹⁰⁴ Vgl. unter soeben (a) sowie Kapitel 3 A. I.

²¹⁰⁵ Vgl. Kapitel 4 B.

²¹⁰⁶ Vgl. Kapitel 6 B., D. IV. 4.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Verordnungsregelungen²¹⁰⁷ nicht in Betracht. Folglich sind die Lücken im Unionsrecht durch das deutsche Schädigungsverbot zu schließen, wenn und soweit das Schädigungsverbot mit dem Unionsrecht vereinbar ist.²¹⁰⁸

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Das deutsche Schädigungsverbot ist zunächst dann mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn und soweit es den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht widerspricht. Das Schädigungsverbot greift auch jenseits von Ausschüttungen oder rechtswidrigen Ausschüttungen. Es führt zu Schadenersatzansprüchen und nicht nur zu einer bloßen Rückgewährpflicht. Damit ist es nicht nur dem Tatbestand, sondern auch der Rechtsfolge nach weiter als das unionsrechtliche Ausschüttungsverbot. Das deutsche Schädigungsverbot ist dem Schutz nach Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU nicht vergleichbar, sondern stellt eine angemessene Ergänzung desselben dar. Vor diesem Hintergrund ist es nicht von Belang, dass das Schädigungsverbot anders als das Verbot rechtswidriger Ausschüttungen verzichtbar bzw. in der Einpersonengesellschaft unanwendbar ist. Außerdem beruht das Schädigungsverbot auf der gesellschaftlicher Treuepflicht, der auch die Gesellschafter im deutschen SPE-Konzern unterliegen.²¹⁰⁹ Mithin widerspricht es dem Unionsrecht nicht, das deutsche Schädigungsverbot lückenschließend anzuwenden.

Auf die Niederlassungsfreiheit kommt es im rein nationalen SPE-Konzern nicht an, weil es an einer grenzüberschreitenden Niederlassung fehlt.²¹¹⁰ Indem das Schädigungsverbot die Gesellschafter einer SPE ebenso betrifft wie diejenigen einer GmbH, ist das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot gewahrt.²¹¹¹ Folglich sind die Lücken im Unionsrecht durch das deutsche Schädigungsverbot zu schließen, weil das Schädigungsverbot mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(iii) Zwischenfazit: Schädigungsverbot anwendbar

Folglich ist das Schädigungsverbot im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU anwendbar.²¹¹² Eine SPE deutscher Provenienz verfügt über den treuepflichtbasierten Schutz ihrer Gesellschafter reflexartig über ein Eigeninteresse, das bei einvernehmlichem Zusammenwirken der Gesellschafter und in der Einpersonengesellschaft auf einen gläubigerschützenden Bestandsschutz begrenzt ist.

(2) Existenzvernichtungshaftung

²¹⁰⁷ Vgl. Kapitel 4 D.

²¹⁰⁸ Vgl. Kapitel 4 E. IV.

²¹⁰⁹ Unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285; zur Treuepflicht bei der SPE vgl. Kapitel 6 D. II. 5. c).

²¹¹⁰ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²¹¹¹ Zum mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²¹¹² Im Ergebnis auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 161, 164 f.; unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285.

Bei der Prüfung, ob und inwiefern das deutsche Recht für faktische GmbH-Konzerne im deutschen SPE-Konzern Anwendung findet, wurde außerdem zunächst die Frage offengelassen, ob die deutsche Existenzvernichtungshaftung gilt.²¹¹³ Auch diese Frage soll nunmehr beantwortet werden.

(a) Inhalt und Qualifikation

Im faktischen GmbH-Konzern haften die Gesellschafter ihrer Gesellschaft unter Umständen wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs. Die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung in Gestalt einer Innen- und damit unechten Durchgriffshaftung werden seit der sogenannten *Trihotel*-Entscheidung des BGH im deutschen GmbH-Recht ganz überwiegend anerkannt.²¹¹⁴ Gestützt wird das Institut auf § 826 BGB. Voraussetzung ist, dass die Gesellschafter kompensationslos in das Gesellschaftsvermögen eingreifen, hierbei dessen Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger außer Acht lassen, und dadurch die Insolvenz der Gesellschaft verursachen oder vertiefen. Die Existenzvernichtungshaftung besteht in gleichrangiger Anspruchskonkurrenz zur Kapitalerhaltungshaftung aus §§ 30, 31 GmbHG.²¹¹⁵ Ebenso tritt sie neben eine Geschäftsführerhaftung, etwa aus § 64 S. 3 GmbHG.²¹¹⁶ In der Konzernpraxis kann sich der Haftungstatbestand leicht verwirklichen. So besteht ein Haftungsrisiko, wenn eine Gesellschaft durch Anschluss an einen *cash pool* einen Haftungsverbund mit wirtschaftlich gefährdeten Gesellschaften eingeht, ohne Vorsorge für einen rechtzeitigen Ausstieg zu treffen. Ebenso können die Gesellschafter wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs in Anspruch genommen werden, wenn die Gesellschaft Darlehen an andere Konzernunternehmen gewährt, obwohl der Ausfall der Rückzahlungsansprüche bereits absehbar ist.²¹¹⁷

Fraglich ist, wie die Existenzvernichtungshaftung zu qualifizieren ist. Das ist lebhaft umstritten. Zunächst kommt in Betracht, die Existenzvernichtungshaftung z. B. unter Verweis auf ihre Grundlage in § 826 BGB als deliktsrechtlich zu qualifizieren.²¹¹⁸ Im Unterschied zum allgemeinen Deliktsrecht ist die Existenzvernichtungshaftung

²¹¹³ Vgl. Kapitel 7 B. II. 3. b) (2).

²¹¹⁴ Vgl. BGH, Urteil v. 16. Juli 2007, Az. II ZR 3/04, NJW 2007, 2689 ff. – *Trihotel*; bestätigt durch BGH, Beschluss v. 7. Januar 2008, Az. II ZR 314/05, NZG 2008, 187 f.; dazu z. B. Wicke, GmbHG, § 13 Rn. 5 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 57 ff.; *Wilhelmi*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 13 Rn. 71 ff.; *Verse*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 13 GmbHG Rn. 44 ff.; *Altmeyden*, in: Roth/ders./GmbHG, § 13 Rn. 75 ff.

²¹¹⁵ Vgl. BGH, Urteil v. 16. Juli 2007, Az. II ZR 3/04, NJW 2007, 2689 ff. – *Trihotel*; Wicke, GmbHG, § 13 Rn. 5; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 60; *Wilhelmi*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 13 Rn. 127 ff.; *Heidinger*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 30 Rn. 99; *Altmeyden*, in: Roth/ders./GmbHG, § 13 Rn. 110; *Ekkega*, in: MüKo-GmbHG, § 30 Rn. 31 f.

²¹¹⁶ Zur GmbH Wicke, GmbHG, § 13 Rn. 5; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 60, 62; vgl. auch Arnold, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, § 64 GmbHG Rn. 55 ff.; *Altmeyden*, in: Roth/ders./GmbHG, § 13 Rn. 111; *Mätzig*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 64 Rn. 71.

²¹¹⁷ Vgl. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 72; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 553 ff.

²¹¹⁸ So *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 151; *Martens*, Managementstrukturen, S. 12, 164 f., 167, 169; ebenso für die SE *Mock*, Der Konzern 2008, 539 ff.; ebenso nunmehr auch *Fleischer*, in: Lutter/Hommelhoff/SE-Kommentar, Art. 5 Rn. 7; wohl auch *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 5 SE-VO Rn. 12; *Mayer*, in: Manz/dies./Schröder, SE-Kommentar, Art. 5 SE-VO Rn. 59; ebenso im Zusammenhang mit Auslandsgesellschaften *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 151; Wicke, GmbHG, § 13 Rn. 13; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 432; *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 673; wohl auch *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 35; *Ehricke*, in: MüKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 76 f., relativierend aber in Rn. 79.; differenzierend *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1688 f.; offenlassend *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 97 ff.; zweifelnd *Kienle*, in: Süß/Wachter/Hb d. Int. GmbH-Rechts, § 3 Rn. 55.

allerdings als reine und gesellschafterspezifische Innenhaftung ausgestaltet und soll gezielt das Gesellschaftsvermögen und die Korporation als solche schützen. Daher ist es verfehlt, die Existenzvernichtungshaftung als deliktsrechtlich zu qualifizieren.

Die Existenzvernichtungshaftung kann aber möglicherweise als insolvenzrechtlich qualifiziert werden. Indem sie passgenau an den Kapitalschutz anknüpft, hat die Existenzvernichtungshaftung freilich eine andere Funktion als die Insolvenzanfechtungstatbestände. Dies spricht gegen eine insolvenzrechtliche Qualifikation. Für eine insolvenzrechtliche Qualifikation könnte aber sprechen, dass hierdurch eine einheitliche Gerichtszuständigkeit für Rechtsfragen der Existenzvernichtungshaftung und des Insolvenzrechts hergestellt würde. Allerdings werden Haftungsfragen im sitzaufgespaltenen SPE-Konzern ohnehin gespalten einerseits im Satzungssitzstaat und andererseits im Verwaltungssitzstaat entschieden. Abgesehen davon trägt das Argument einer einheitlichen Gerichtszuständigkeit im SPE-Konzern ohnehin nur wenig. Aus diesen Gründen kann es hingenommen werden, dass für Rechtsfragen der Existenzvernichtungshaftung ein anderes Gericht zuständig ist als für diejenigen des Insolvenzrechts. Mithin scheidet auch eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung aus.²¹¹⁹ Außerdem ist zu bedenken, dass im naturgemäß rechtlich äußerst komplexen transnationalen SPE-Konzern Rechtsfragen möglichst eindeutig entschieden werden müssen. Folglich ist es ebenso wie eine insolvenzrechtliche Qualifikation auch abzulehnen, Doppel- oder gar Mehrfachqualifikation vorzunehmen oder die Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung schlicht offenzulassen.²¹²⁰

Mithin kommt nur noch in Betracht, die Existenzvernichtungshaftung als gesellschaftsrechtlich einzustufen. Hierfür spricht, dass sie als „verlängerter Arm“ des Kapitalerhaltungsregimes Schutzlücken in denjenigen Fällen schließt, in denen eine bilanzielle Betrachtungsweise und reine Rückgewähransprüche unzureichend sind. Folglich ist die Existenzvernichtungshaftung nach hier vertretener Ansicht als gesellschaftsrechtlich einzustufen.²¹²¹

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

Die Existenzvernichtungshaftung könnte im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU anwendbar sein. Die Verweisnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU ist einschlägig, weil der Haf-

²¹¹⁹ A. A. *Culmann*, SPE in der Krise, S. 83 ff. mit Ergebnis auf S. 101 f.; *Pfennig*, Gläubigerschutz, S. 164 ff.; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 190 ff.; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 190 ff.; wohl auch *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 5; vgl. auch *Krejci*, in: FS Hüffer, S. 501 ff.

²¹²⁰ In diese Richtungen aber *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 126, 247 ff., 285; *Cannivé/Seebach*, GmbHR 2009, 519, 524; *Greulich*, Der Konzern 2009, 229, 234; *Anzinger*, BB 2009, 2606, 2608 f.; *Mock*, Der Konzern 2008, 539 ff.; zu Auslandsgesellschaften *Altmeppen*, in: Roth/ders./GmbHG, § 13 Rn. 116 f.; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 642 ff.; *Weller*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 415 ff.; vgl. auch *Krejci*, in: FS Hüffer, S. 501 ff.; *Mock*, Der Konzern 2008, 539 ff.; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH-Konzernrecht Rn. 626 f.

²¹²¹ Ebenso *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 219 ff., 227, 230 f., 260 f., 267, 284 f.; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 395 ff., noch offenlassend auf S. 292 f., 394; dasselbe Ergebnis andeutend *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 928; *Hommelhoff/Freudenberg*, in: FS Wellensiek, S. 461, 464; wohl ebenfalls dahin tendierend, im Ergebnis aber offenlassend *Maschke*, Gläubigerschutz, S. 241 ff.; für die SE *Ochseler*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 5 Rn. 25; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 39; für Auslandsgesellschaften *Wilhelmi*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 13 Rn. 133 ff.; *Funke*, in: Michalski/GmbHG, § 13 Rn. 448; *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 29; *Tröger/Dangelsmayer*, ZGR 2011, 558, 561, 567; ähnlich *Weller*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 423, 431, 469 ff.; *Altmeppen*, in: Roth/ders./GmbHG, § 13 Rn. 117; wohl auch *Greulich/Rau* NZG 2008, 565, 568 f.

tungstatbestand als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist.²¹²²

(i) Lücke im Unionsrecht

Des Weiteren müsste das Unionsrecht insoweit lückenhaft sein.²¹²³ Zunächst könnte der SPE-VOE-HU mit Blick auf das Ausschüttungsregime der SPE lückenhaft sein. Das ist dann der Fall, wenn das Unionsrecht insoweit nicht abschließend ist und keine den *Trihotel*-Grundsätzen vergleichbaren Haftungstatbestände enthält. Zum Unionsrecht zählen auch solche Regelungen, durch die Mitgliedstaaten von Wahlrechten Gebrauch machen.²¹²⁴ Der SPE-VOE enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass er die Gesellschafterhaftung abschließend regelt. Ein der Existenzvernichtungshaftung vergleichbarer Haftungstatbestand könnte Artt. 22, 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU i. V. m. einer mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschrift sein. Nach dem System des Verordnungsgebers muss ein SPE-Gesellschafter Ausschüttungen zurückgewähren, wenn das nationale SPE-Ausführungsgesetz des Sitzmitgliedstaates aufgrund des Mitgliedstaatenwahlrechts in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU einen Solvenzttest vorschreibt, wenn die Solvenzbescheinigung fehlerhaft ist oder fehlt, und wenn die SPE dem Gesellschafter sein Wissen oder Wissenmüssen von der Rechtswidrigkeit der Ausschüttung nachweist.²¹²⁵ Allerdings kann trotz des weiten Ausschüttungsbegriffs in Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU²¹²⁶ möglicherweise eine Ausschüttung im Sinne des Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU zu verneinen, wohl aber ein „Eingriff“ im Sinne der *Trihotel*-Doktrin zu bejahen sein. Auch kann der einjährige Beurteilungszeitraum für den SPE-spezifischen Solvenzttest zu kurz greifen. Außerdem sind die aufgrund existenzvernichtender Eingriffe bestehenden Schadensersatzansprüche weiter als die aus Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU folgende bloße Rückgewährpflicht. Vor diesem Hintergrund kann es keinen Ausschlag geben, dass das für die Existenzvernichtungshaftung erforderliche subjektive Element je nach Fall höher ansetzt als dasjenige des Art. 22 SPE-VOE-HU: Während die *Trihotel*-Doktrin das Für-Möglich-Halten eines künftigen Zusammenbruchs und dessen billigende Inkaufnahme verlangt,²¹²⁷ genügt dem Unionsgesetzgeber bereits die grobfahrlässige Unkenntnis vom Zusammenbruch der Gesellschaft binnen Jahresfrist. Folglich ist der Haftungstatbestand in Artt. 22, 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU i. V. m. einer mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschrift mit der Existenzvernichtungshaftung nicht vergleichbar.²¹²⁸ Der SPE-VOE-HU ist lückenhaft.

Fraglich ist allerdings, wie die Frage nach der Lückenhaftigkeit des SPE-VOE-HU zu beurteilen ist, wenn der nationale Gesetzgeber von seinem Wahlrecht in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU keinen Gebrauch macht. Hält der nationale Gesetzgeber die bilanziellen Ausschüttungssperren in Art. 21 Abs. 1 bis 3 SPE-VOE-HU für angemessen und ausreichend und entscheidet sich daher gegen die Einführung eines Solvenzttests nach Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU, trifft er keine Aussage über einen Existenzschutz der SPE jenseits des Kapitalschutzsystems. Dann kann aber nicht davon ausgegangen werden, der nationale Gesetzgeber habe das System des Unionsgesetzgebers als abschließend angesehen und halte einen situativen Vermögensschutz generell für nicht erforderlich.²¹²⁹ Vielmehr wäre das Unionsrecht dann umso lückenhafter, weil es im SPE-Konzern sogar gänzlich an einer Gesellschafter-

²¹²² Vgl. unter soeben (a) sowie Kapitel 3 A. I.

²¹²³ Vgl. Kapitel 4 B.

²¹²⁴ Vgl. Kapitel 3 A.

²¹²⁵ Vgl. auch SPE-VOE-HU Erwägung 11 (S. 11).

²¹²⁶ Vgl. unter vorstehend C.

²¹²⁷ Dazu *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 13 Rn. 70; *Wilhelmi*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 13 Rn. 114 ff.;

²¹²⁸ Ebenso *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 225 ff.

²¹²⁹ A. A. auf Basis des SPE-VOE-K *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 392, 395, 398.

haftung für situative Eingriffe in das Vermögen der Tochter-SPE fehlen würde. Ein solches Ergebnis würde dem vom Verordnungsgeber und nationalen Gesetzgeber intendierten effektiven Gläubigerschutz diametral entgegenstehen und kann damit nicht angenommen werden. Vielmehr ist dann wegen der augenfälligen Parallelen von Artt. 21 Abs. 1 bis 3, 22 SPE-VOE-HU mit §§ 30, 31 GmbHG davon auszugehen, dass der Existenzschutz den Kapitalschutz ergänzt. Folglich gilt die *Trihotel*-Doktrin im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz aufgrund einer Schutzlücke im Unionsrecht unabhängig davon, ob der deutsche Gesetzgeber von seinem Wahlrecht zur Einführung eines Solvenztests in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU Gebrauch macht oder nicht.²¹³⁰

Allerdings könnte eine Lücke im SPE-VOE-HU zu verneinen sein, wenn die übrigen Vorschriften des SPE-VOE-HU einen Tatbestand für eine echte oder unechte Durchgriffshaftung enthalten. Der Verordnungsgeber hebt als prägendes Merkmal der SPE hervor, dass sie eine Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit ist, deren Gesellschafter nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der SPE und nur bis zur Höhe ihrer gezeichneten Geschäftsanteile haften.²¹³¹ Mit diesem Postulat verankert er im SPE-VOE-HU einen wesentlichen Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts. Das Trennungsprinzip hatte der Unionsgesetzgeber bereits in Art. 1 Abs. 2 und 3 SE-VO für die SE und in Art. 1 Abs. 2 und 5 SCE-VO für die SCE anerkannt. Mit Artt. 8 ff. FE-VO möchte er es auch bei der FE – also der *Fundatio Europaea* bzw. Europäischen Stiftung – festschreiben, wobei an dieser Stelle die strukturellen Unterschiede zwischen der FE und anderen supranationalen Rechtsformen vernachlässigt werden dürfen. Damit liegt der Unionsgesetzgeber auf einer Linie mit nationalen Kapitalgesellschaftsrechten wie z. B. dem deutschen § 13 GmbHG oder der englischen *Salomon*-Rechtsprechung. Eine ausnahmsweise Durchbrechung des Trennungsprinzips regelt der Verordnungsgeber ebenso wenig wie die genannten nationalen Rechte. Mithin enthält der SPE-VOE-HU auch im Übrigen keinen Tatbestand für eine echte oder unechte Durchgriffshaftung. Folglich bleibt es bei dem Auslegungsergebnis, dass der SPE-VOE-HU mit Blick auf das Ausschüttungsregime der SPE lückenhaft ist.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Verordnungsregelungen²¹³² nicht in Betracht. Folglich sind die Lücken im Unionsrecht durch die deutsche Existenzvernichtungshaftung zu schließen, wenn und soweit das Rechtsinstitut mit dem Unionsrecht vereinbar ist.²¹³³

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Die deutsche Existenzvernichtungshaftung ist zunächst dann mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn und soweit sie den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht widerspricht. Fraglich ist, ob der Unionsgesetzgeber die in Art. 3 Abs. 1 SPE-VOE-HU vorgegebene Haftungstrennung um jeden Preis gewähren möchte. An anderer Stelle lässt er erkennen, dass die Prinzipien der SPE nicht missbraucht werden dürfen. Beispielsweise möchte er verhindern, dass die SPE zur Umgehung von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer missbraucht wird.²¹³⁴ Auch sollen Minderheitsgesellschafter in Missbrauchsfällen eine Sonderprüfung

²¹³⁰ A. A. Hommelhoff/Freudenberg, in: FS Wellensiek, S. 461, 464 – Existenzvernichtungshaftung wird durch SPE-Ausführungsgesetz teilweise verdrängt.

²¹³¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 SPE-VOE-HU, SPE-VOE-K Erläuterungen 7. (Kapitel I: Allgemeine Bestimmungen; S. 6).

²¹³² Vgl. Kapitel 4 D. III.

²¹³³ Vgl. Kapitel 4 E. IV.

²¹³⁴ Erwägung 16 (S. 8), Art. 35 Abs. 4 SPE-VOE-HU.

veranlassen dürfen.²¹³⁵ Damit bildet die Missbrauchsbekämpfung die notwendige Kehrseite solcher Rechte und Prinzipien, die das Unionsrecht grundsätzlich anerkennt. Diskutabel ist allenfalls, welche Sachverhaltskonstellationen bereits als Missbrauch anzusehen oder im Rahmen der privatautonomen Gestaltungsfreiheit hinzunehmen sind. Daraus ergibt sich, dass der Ordnungsgeber die Haftungstrennung bei der SPE nicht stets und um jeden Preis gewähren möchte. Den Außenseiterschutz, den er im Regelfall mithilfe sorgfältig gestalteter und intensiv diskutierter Regelungen sicherstellen möchte, will er erst recht nicht im Ausnahmefall preisgeben. Vielmehr ist der Haftungsbeschränkung aus seiner Sicht eine Missbrauchsbekämpfung immanent. Freilich bietet der SPE-VOE-HU nicht genügend Anhaltspunkte, um ein unionsrechtliches Missbrauchsbekämpfungssystem herauszulesen. Folglich stehen nationale Grundsätze zur Missbrauchsbekämpfung dem Unionsrecht nicht entgegen und können das unionsrechtliche Schutzsystem in Missbrauchsfällen ergänzen.

Auf die Niederlassungsfreiheit kommt es im rein nationalen SPE-Konzern nicht an, weil es an einer grenzüberschreitenden Niederlassung fehlt.²¹³⁶ Indem der Existenzvernichtungshaftungstatbestand die Gesellschafter einer SPE ebenso behandelt wie diejenigen einer GmbH, ist das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot gewahrt.²¹³⁷ Folglich sind die Lücken im Unionsrecht durch die deutsche Existenzvernichtungshaftung zu schließen, weil das Rechtsinstitut mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(iii) Zwischenfazit: Existenzvernichtungshaftung anwendbar

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das Institut der Existenzvernichtungshaftung im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU anwendbar ist.²¹³⁸

(3) Insolvenzverursachungshaftung

(a) Inhalt und Qualifikation

Gemäß § 64 S. 3 GmbHG haften Geschäftsführer ihrer GmbH für solche Zahlungen, die sie an Gesellschafter geleistet haben, obwohl mit der *Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns* eigentlich erkennbar war, dass die Zahlungen zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Damit verankert die Vorschrift einen Sol-

²¹³⁵ SPE-VOE-K Erwägung 13 (S. 14).

²¹³⁶ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²¹³⁷ Zum mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a).

²¹³⁸ Grundsätzlich ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Hommelhoff/Freudenberg*, in: FS Wellensiek, S. 461, 464; auf Basis des SPE-VOE-HU im Ergebnis auch *Martens*, Managementstrukturen, S. 161, 164 f.; auf Basis des SPE-VOE-K unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 93, 190 f., 214 f., 228, 250 ff., 283, 285; a. A. auf Basis des SPE-VOE-K *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 398; im Hinblick auf die SE im Ergebnis grundsätzlich wie hier *Ochseler*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 5 Rn. 25; a. A. *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 5 f.; im Hinblick auf Auslandsgesellschaften wie hier *Greulich/Rau* NZG 2008, 565, 568 f.; *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 35; *Vallender*, ZGR 2006, 425, 453 f.; *Gloger/Goette/van Huet*, DStR 2008, 1194, 1196 f.; im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 151; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 196 ff.; dagegen mangelnde Rechtfertigung erwägend *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, Systemat. Darst. Konzernrecht Rn. 498; *Eidenmüller*, RabelsZ 2006, 474, 488; *Schall*, NJW 2011, 3745, 3748.

venztest im deutschen Recht.²¹³⁹ Im Rahmen des konzerninternen Finanz- und Liquiditätsmanagements kann diese sogenannte Insolvenzverursachungshaftung entstehen, wenn Zahlungen an Gesellschafter oder jenen nahestehende Dritte vorgenommen bzw. nicht verhindert werden.²¹⁴⁰

§ 64 S. 3 GmbHG könnte als insolvenzrechtlich zu qualifizieren sein. Zwar könnte für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation angeführt werden, dass § 64 S. 3 GmbHG rechtsformspezifisch und komplementär zu §§ 30, 31 GmbHG ausgestaltet ist und damit Parallelen zur als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Existenzvernichtungshaftung²¹⁴¹ aufweist. Beide Rechtsinstitute ergänzen den bilanziellen Schutz der Gesellschaftsgläubiger um eine Innenhaftung für solche Vermögensverschiebungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter, die der Gesellschaft eine Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten unmöglich machen und den Zusammenbruch der Gesellschaft auslösen.²¹⁴² Zwar sind die Rechtsinstitute beim Verschuldensmaßstab und bei der Rechtsfolge im Detail unterschiedlich. Doch dies weist eher auf das Bedürfnis nach einer dogmatischen Angleichung denn auf unterschiedliche Funktionen der Rechtsinstitute hin.²¹⁴³ Daher könnte es zu Wertungswidersprüchen führen, die Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsleiter anders als die Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.²¹⁴⁴ Allerdings ist auch zu bedenken, dass die Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG das *Insolvenzverfahren und seine Wirkungen* im Sinne von Art 4 Abs 1 EuInsVO betrifft, indem sie der Durchsetzung des insolvenzrechtlichen Verteilungsgrundsatzes dient und mit Insolvenzeröffnung entsteht.²¹⁴⁵ Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Existenzvernichtungshaftung. Folglich ist § 64 S. 3 GmbHG mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 EuInsVO als insolvenzrechtlich²¹⁴⁶ und nicht als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.²¹⁴⁷

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

Fraglich ist, ob § 64 S. 3 GmbHG im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz anwendbar ist. Indem § 64 S. 3

²¹³⁹ Vgl. MoMiG-RegE Begründung S. 46; H.F. Müller, in: MüKo-GmbHG, § 64 Rn. 155, 163; Wicke, GmbHG, § 64 Rn. 25; Greulich/Bunemann NZG 2006, 681, 683; Wiedemann, ZGR 2011, 183, 204 (mit Fn. 62); relativierend wohl Altmeyden, in: Roth/ders./GmbHG, § 64 Rn. 1.

²¹⁴⁰ Zur Unterlassungshaftung bei der GmbH Mätzig, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 64 Rn. 78 f.

²¹⁴¹ Vgl. unter vorstehend (2) (a).

²¹⁴² Vgl. MoMiG-RegE Begründung S. 46; BGH, Beschluss v. 31. Juli 2009, Az. 2 StR 95/09, NZG 2009, 1152, 1154 f.; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, § 64 Rn. 21; Mätzig, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 64 Rn. 71; Wicke, GmbHG, § 64 Rn. 25; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 191.

²¹⁴³ In dieselbe Richtung Strohn, ZHR 173 (2009), 589 ff.

²¹⁴⁴ A. A. Haas, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 2, 177 f.; vgl. auch Servatius, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Konzernrecht Rn. 131; Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 5; Wiedemann, ZGR 2011, 183, 204, 211 f.

²¹⁴⁵ Ebenso z. B. Mätzig, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 64 Rn. 19.

²¹⁴⁶ Wie hier Hadding/Kießling, WM 2009, 145, 153; Maschke, Gläubigerschutz, S. 194 f., 204 f.; Tzakas, ZEuP 2011, 756, 775 ff.; dies ebenfalls erwägend Greulich/Rau, DB 2008, S. 2691, 2693; Freudenberg, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 201 ff.; wohl auch Hommelhoff/ders., in: FS Wellensiek, S. 461, 464 f.; im Zusammenhang mit der SE wohl auch Wenz, in: KK-AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 8; im Zusammenhang mit Auslandsgesellschaften wie hier BT-DruckS. 14/6140 S. 47; Haas, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 23; Mätzig, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 64 Rn. 19; H.F. Müller, in: MüKo-GmbHG, § 64 Rn. 158; Greulich/Rau, NZG 2008, 565, 566 f.; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 174, 184; wohl auch von Thunen, Directors' Duty, S. 97; offenlassend Arnold, in: Henssler/Strohn/ Gesellschaftsrecht, § 64 GmbHG Rn. 60; Schoene-mann, Organisationsverfassung, S. 273 f.

²¹⁴⁷ So aber Culmann, SPE in der Krise, S. 164; im Zusammenhang mit der SE wohl auch Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 40; im Zusammenhang mit Auslandsgesellschaften K. Schmidt, in: Scholz/GmbHG, § 64 Rn. 66; skeptisch Schluck-Amend, in: FS Hommelhoff, S. 961, 967 f.

GmbHG als insolvenzrechtliche Norm einem Bereich jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO entstammt,²¹⁴⁸ kommt eine Anwendung nicht nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang II in Betracht, sondern nur nach der EulnsVO bzw. allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen.²¹⁴⁹

(i) Lücke im Unionsrecht

Nach hier vertretener Auffassung gilt nationales Recht auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO nur dann und insoweit, wie das Personalstatut der SPE lückenhaft ist.²¹⁵⁰ Dazu dürfte der SPE-VOE-HU insoweit nicht abschließend sein und keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthalten. Der SPE-VOE-HU enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass er die Gesellschafterhaftung abschließend regelt. Fraglich ist aber, ob das Solvenzschutzsystem in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU dem Solvenzschutzsystem des § 64 S. 3 GmbHG vergleichbar ist. Nach dem System des Ordnungsgebers haften SPE-Geschäftsleiter dann, wenn das nationale SPE-Ausführungsgesetz des Sitzmitgliedstaates aufgrund des Mitgliedstaatenwahlrechts in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU einen Solvenzttest vorschreibt und die Solvenzbescheinigung fehlerhaft ist oder fehlt.²¹⁵¹ Die Haftungsnorm greift aber nur dann, wenn auch eine Ausschüttung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU vorliegt. Der unionsrechtliche Ausschüttungsbegriff ist sehr weit.²¹⁵² Allerdings ist auch der Zahlungsbegriff in § 64 S. 3 GmbHG sehr weit und umfasst alle Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen, die die potentielle Insolvenzmasse schmälern.²¹⁵³ Damit ist es möglich, dass eine Maßnahme zwar keine Ausschüttung im Sinne des Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU, wohl aber eine „Zahlung“ im Sinne von § 64 S. 3 GmbHG darstellt. Außerdem dienen die Solvenzttests unterschiedlichen Schutzzwecken, indem der gesellschaftsrechtliche Solvenzttest des Unionsrechts die generell die Liquidität schützen und der insolvenzrechtliche Solvenzttest des GmbH-Rechts die potentielle Insolvenzmasse schützen soll. Auch ist zu bedenken, dass im SPE-Konzern jeglicher Liquiditätsschutz entfallen würde, wenn sich der nationale Gesetzgeber gegen die Einführung eines Solvenzttests nach Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU entscheidet und man die Geltung von Solvenzttestregelungen im nationalen GmbH-Recht ausschliesse. Dann kann aber nicht davon ausgegangen werden, der nationale Gesetzgeber habe das System des Unionsgesetzgebers als abschließend angesehen und halte einen situativen Vermögensschutz generell für nicht erforderlich. Aus den genannten Gründen ergibt sich also, dass das Solvenzschutzsystem in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU dem Solvenzschutzsystem des § 64 S. 3 GmbHG nicht vergleichbar ist.²¹⁵⁴ Mithin enthält der SPE-VOE-HU keine dem § 64 S. 3 GmbHG vergleichbaren Schutzmechanismen.²¹⁵⁵ Das Personalstatut der SPE ist lückenhaft.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge

²¹⁴⁸ Vgl. Erwägung 6 (S. 8), Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU; zum Regelungsbereich der SPE-VO vgl. Kapitel 3 A. I.

²¹⁴⁹ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²¹⁵⁰ Vgl. Kapitel 4 F.

²¹⁵¹ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 11 (S. 11).

²¹⁵² Vgl. unter vorstehend C.

²¹⁵³ Vgl. *Mätzig*, in: Beck'scher-OK-GmbHG, § 64 Rn. 44 ff., 78; *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 65 ff.; *Nerlich*, in: Michalski/GmbHG, § 64 Rn. 41 ff.

²¹⁵⁴ Prinzipiell a. A. unter Annahme einer insolvenzrechtlichen Qualifikation des § 64 S. 3 GmbHG *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 201 ff.; *Hommelhoff/ders.*, in: FS Wellensiek, S. 461, 464 f.

²¹⁵⁵ Auf Basis des SPE-VOE-K und SPE-VOE-SE in dieselbe Richtung und im Ergebnis gegen die Anwendbarkeit von § 64 S. 3 GmbHG *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 273 ff.; nach der *Gebhard*-Formel im Ergebnis ebenso für Auslandsgeellschaften *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 776 f.; *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 31 – der allerdings eine Rechtfertigung als nicht erforderlich ansieht.

Heranziehung von Verordnungsregelungen²¹⁵⁶ nicht in Betracht. Die Lücke kann durch Anwendung des § 64 S. 3 GmbHG geschlossen werden, wenn dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Die deutsche Insolvenzverursachungshaftung ist zunächst dann mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn und soweit sie den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht widerspricht. Der SPE-VOE-HU überantwortet die Geschäftsleiterhaftung dem nationalen Recht.²¹⁵⁷ Daher würde die Insolvenzverursachungshaftung den Strukturprinzipien des SPE-VOE-HU selbst dann nicht widersprechen, wenn sie als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren wäre. Indem sie als insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist, widerspricht sie den Strukturprinzipien erst recht nicht.

Auf die Niederlassungsfreiheit kommt es im rein nationalen SPE-Konzern nicht an, weil es an einer grenzüberschreitenden Niederlassung fehlt.²¹⁵⁸ Die Anwendung der Insolvenzverursachungshaftung auf die SPE könnte aber gegen das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot²¹⁵⁹ verstoßen. Zwar werden die vertretungsberechtigten Geschäftsleiter einer Tochter-SPE nicht schlechter behandelt, wenn sie ebenso wie GmbH-Geschäftsführer der Insolvenzverursachungshaftung unterliegen. Der Verordnungsgeber sieht aber über Art. 2 Abs. 1 lit. d SPE-VOE-HU offenbar auch Aufsichtsratsmitglieder und sämtliche Verwaltungsratsmitglieder als Geschäftsführer an.²¹⁶⁰ Damit sind im Gegensatz zur GmbH *prima facie* auch die nicht vertretungsbefugten Organmitglieder mit Pflichten jenseits bloßer Überwachungspflichten konfrontiert – gleich ob die SPE mitbestimmt oder führungslos ist oder nicht.²¹⁶¹ Freilich sprechen gute Argumente dafür, den Geschäftsführerbegriff in Art. 2 Abs. 1 lit. d SPE-VOE-HU für die Anwendung des § 64 S. 3 GmbHG auf solche Organmitglieder zu beschränken, die vertretungsbefugt und damit zur Ausführung insolvenzverursachender Zahlungen fähig sind. Keine Abhilfe schafft das allerdings in der monistischen SPE, wo der Verordnungsgeber grundsätzlich sämtlichen Verwaltungsratsmitgliedern Vertretungsmacht zuerkennt.²¹⁶² Jedenfalls wäre es wäre diskriminierend und ungleich strenger, auch die nichtvertretungsberechtigten Organmitglieder der Tochter-SPE der Insolvenzverursachungshaftung zu unterwerfen. Damit scheidet eine Haftung dieser Personen aus, sofern man nicht bereits auf Tatbestandsebene eingreift und den Geschäftsführerbegriff in Art. 2 Abs. 1 lit. d SPE-VOE-HU teleologisch reduziert.²¹⁶³ Mithin ist lediglich die Anwendung der Insolvenzverursachungshaftung auf die vertretungsbefugten Geschäftsführer der Tochter-SPE mit dem mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot vereinbar. Die Lücke im SPE-Personalstatut kann durch Anwendung des § 64 S. 3 GmbHG geschlossen werden, weil dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

²¹⁵⁶ Vgl. Kapitel 4 C., D. III.

²¹⁵⁷ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12), Art. 9 Abs. 2 lit. I.

²¹⁵⁸ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²¹⁵⁹ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a).

²¹⁶⁰ Vgl. Kapitel 5 B. I.

²¹⁶¹ Zur GmbH *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 52 Rn. 131; *Strohn*, NZG 2011, 1161, 1163, 1167 ff.

²¹⁶² Zur Vertretungsmacht auf Basis des SPE-VOE-K wie hier *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 902; Bücken, ZHR 173 (2009), 281, 293; a. A. *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 284; zur SE vgl. *Altmeyen*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 31 f.; vgl. auch *Eberspächer*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 48 SE-VO Rn. 8 m. w. N.; vgl. auch *Veil*, WM 2003, 2169, 2174 f.; skeptisch dagegen *Hirte*, in: GK-AktG, § 308 Rn. 75; zur Kompetenzstruktur in der SPE vgl. grundlegend Kapitel 5 B.

²¹⁶³ Vgl. Kapitel 5 B. I.

(iii) Zwischenfazit: Insolvenzverursachungshaftung anwendbar

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Insolvenzverursachungshaftung im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz anwendbar ist.²¹⁶⁴ Sie gilt unabhängig davon, ob der deutsche Gesetzgeber von seinem Wahlrecht zur Einführung eines Solvenztests in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU Gebrauch macht oder nicht.

(4) Zahlungsverbot und Insolvenverschleppungshaftung

(a) Inhalt und Qualifikation

Das Zahlungsverbot und die Insolvenverschleppungshaftung bilden zwei miteinander eng verwandte, aber verschiedene Haftungstatbestände.²¹⁶⁵

Beim Zahlungsverbot nach § 64 S. 1 und 2 GmbHG handelt es sich um eine Innenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber ihrer Gesellschaft für Zahlungen an Gesellschafter im Stadium der Insolvenzreife. Das Zahlungsverbot könnte als insolvenzrechtlich zu qualifizieren sein. Ebenso wie die Insolvenzgründe soll das Zahlungsverbot den spezifischen Gefahren begegnen, die die Fortführung eines insolvenzreifen Unternehmens für die Gläubigersamtheit hat. Indem § 64 S. 1 und 2 GmbHG die Vorwirkungen des Insolvenzverfahrens zum Schutz der künftig darin verbundenen Gläubigersamtheit betreffen, regeln sie das *Insolvenzverfahren und seine Wirkungen* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 EulnsVO.²¹⁶⁶ Mithin weist das Zahlungsverbot eine sachliche Nähe zum Insolvenzverfahren auf. Daher ist es als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.²¹⁶⁷

Außerdem können die „Mitglieder des Vertretungsorgans“ einer Gesellschaft ggf. nach § 15a Abs. 1, 4 und 5

²¹⁶⁴ Im Ergebnis ebenso *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 249; a. A. *Freudenberger*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 204 ff.

²¹⁶⁵ Ebenso *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, § 64 Rn. 3 ff; *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 1a; a. A. mit ausführlicher Darstellung der verschiedenen Ansichten *K. Schmidt*, in: ders./Uhlenbruck/GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 11.34.

²¹⁶⁶ Zum Recht der Einzelanfechtung vgl. *Sonnenberger*, in: MüKo-BGB, Einl. Rn. 769; mit Hinweisen zum Streitstand *Junker*, in: MüKo-BGB, Art. 1 VO (EG) 864/2007 Rn. 19 f.

²¹⁶⁷ Ebenso *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 776 f.; *Freudenberger*, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 215 f.; *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 21 f.; *Mätzig*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 64 Rn. 19; *Vallender*, in: Schmidt/Uhlenbruck/GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 12.33; *Pannen/Riedemann*, in: Pannen/EulnsVO, Art. 4 Rn. 89; *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 36; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 174, 183; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 272 f.; wohl auch *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 63 SE-VO Rn. 53; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 146; unklar *Bachmann*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 63 SE-VO Rn. 72; a. A. *Ringe/Willemer*, NZG 2010, 56, 57; *Schmidt*, Societas Europaea, S. 71 f., 79, 83, 457 (mit Fn. 1976); *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 111.

InsO strafrechtlich wegen Insolvenzverschleppung zur Verantwortung gezogen werden.²¹⁶⁸ Bei Führungslosigkeit der Gesellschaft trifft das Strafbarkeitsrisiko über § 15a Abs. 3 InsO die Gesellschafter und deren Geschäftsleiter.²¹⁶⁹ § 15a InsO könnte ebenfalls als insolvenzrechtlich zu qualifizieren sein. Dafür spricht, dass die Norm unmittelbar der Vermögenssicherung zwecks gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung dient.²¹⁷⁰ Folglich ist § 15a InsO als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.²¹⁷¹

Schließlich können die Geschäftsleiter und Gesellschafter einer Gesellschaft noch zivilrechtlich zu einer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO herangezogen werden.²¹⁷² Fraglich ist, wie der Haftungstatbestand zu qualifizieren ist. Für eine insolvenzrechtliche Qualifikation spricht, dass das Schutzgesetz insolvenzrechtlicher Natur ist.²¹⁷³ Aus diesem Grund verbietet es sich, ihn schlicht dem Deliktsstatut zuzuordnen.²¹⁷⁴ Da er seine Repressionswirkung im Interesse der Gläubigersamtheit unabhängig vom Satzungssitz entfalten soll, ist der Haftungstatbestand auch nicht dem Gesellschaftsstatut zuzuschlagen.²¹⁷⁵ Um eindeutige und klare Anknüpfungen zu ermöglichen, sind auch Doppelqualifikationen abzulehnen.²¹⁷⁶ Folglich ist die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

²¹⁶⁸ Zur GmbH z. B. *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, Anh. zu § 64 Rn. 86 ff.

²¹⁶⁹ Zur SPE *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 292; zur GmbH *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, Anh. § 64 Rn. 90; *Bußhardt*, in: Braun/InsO, § 15a Rn. 13 ff.; *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 165 ff.

²¹⁷⁰ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²¹⁷¹ So auch MoMiG-RegE Begründung S. 133; dem folgen z. B. *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 775; *Bußhardt*, in: Braun/InsO, § 15a Rn. 21; *Casper*, in: Ulmer/GmbHG, § 64 Rn. 33; *Bachmann*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 63 SE-VO Rn. 71; *Schoenemann*, Organisationsverfassung, S. 272; wohl auch *Wenz*, in: KK-AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 8; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 36; *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 63 SE-VO Rn. 49; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 145; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 171 f.; das respektierend, aber skeptisch *Bitter*, in: Scholz/GmbHG, Anh. § 64 Rn. 3, 16; mit anderer Nuancierung *Lüer*, in: Uhlenbruck/InsO, Art. 4 EulnsVO Rn. 14; bereits unter altem Recht z. B. *Vallender*, ZGR 2006, 425, 441; *Reinhart*, in: MüKo-InsO, Art. 4 EulnsVO Rn. 7; a. A. unter altem Recht z. B. *Schmidt*, Societas Europaea, S. 71 f., 79, 83, 455.

²¹⁷² Ebenso zur GmbH *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 32 ff., 109 ff.; *Mätzig*, in: Beck'scher OK-GmbHG, § 64 Rn. 8 ff., 95 ff., 135 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, Anh. § 64 Rn. 61 ff.; *K. Schmidt*, in: Scholz/GmbHG, § 64 Rn. 6.; *Bitter*, in: Scholz/GmbHG, Anh. § 64 Rn. 42 ff.; a. A. *Altmeppen/Wilhelm*, NJW 1999, 673 ff.; *Altmeppen*, in: Roth/ders./GmbHG, § 64 Rn. 33 ff.

²¹⁷³ Ebenso *Albrecht*, ZInsO 2013, 1623, 1628; *Müller*, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 36; *ders.*, NZG 2003, 414, 416; *Lüer*, in: Uhlenbruck/InsO, Art. 4 EulnsVO Rn. 16; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Hb d. Int. GmbH-Rechts, § 3 Rn. 53; wohl auch *Freudenberg*, SPE zwischen Krise und Insolvenz, S. 210 ff., 227; im Ergebnis ebenso *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 147a; *Arnold*, in: Henssler/Strohn/GmbHG, § 64 Rn. 99; *Casper*, in: Ulmer/GmbHG, § 64 Rn. 33; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 37; *Schröder*, in: Manz/Mayer/ders., SE-Kommentar, Art. 63 SE-VO Rn. 33; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Int. Gesellschaftsrecht Rn. 146; *Vallender*, ZGR 2006, 425, 441; mit gleicher Argumentationslinie wie hier unter altem Recht *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618, 1620; *ders.*, RabelsZ 2006, 474, 489, 497; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1205, 1208; *Reinhart*, in: MüKo-InsO, Art. 4 EulnsVO Rn. 7, 11.

²¹⁷⁴ Für Deliktsstatut aber *Bitter*, in: Scholz/GmbHG, Anh. § 64 Rn. 42; *Zöllner*, GmbHR 2006, 1, 7; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2365; *Nolting*, in: Theisen/Wenz/SE, S. 639 f.; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1481 f.

²¹⁷⁵ Für Gesellschaftsstatut aber *Altmeppen*, NJW 2004, 97, 101 (mit Fn. 41); *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 399; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 296; unter altem Recht wohl auch *Schmidt*, Societas Europaea, S. 457.

²¹⁷⁶ Für Gesellschafts- und Insolvenzstatut aber *Schall*, Gläubigerschutz, S. 210; allgemein wie hier *Eidenmüller*, RabelsZ 2006, 474, 485 f.

Fraglich ist, ob das Zahlungsverbot und die Insolvenzverschleppungshaftung im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz anwendbar sind. Indem sie als insolvenzrechtliche Haftungstatbestände einem Bereich jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO entstammen,²¹⁷⁷ kommt eine Anwendung nicht nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang II in Betracht, sondern nur nach der EuInsVO bzw. allgemeinen international-privatrechtlichen Grundsätzen.²¹⁷⁸

(i) Lücke im Unionsrecht

Nach hier vertretener Auffassung gilt nationales Recht auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO nur dann und insoweit, wie das Personalstatut der SPE lückenhaft ist.²¹⁷⁹ Dazu dürfte der SPE-VOE-HU nicht abschließend sein und keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthalten. Das ist dann der Fall, wenn das Schutzsystem in Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU dem aus dem Zahlungsverbot und der Insolvenzverschleppungshaftung folgenden Schutzsystem nicht vergleichbar ist. Während sich die Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU mit einem bloßen Rückgewähranspruch gegen den betreffenden Gesellschafter und einer etwaigen zivilrechtlichen Haftung der Geschäftsführer²¹⁸⁰ begnügen, sanktioniert das deutsche Recht das fragliche Verhalten mit umfassenden Schadensersatzansprüchen und einer persönlichen strafrechtlichen Inanspruchnahme der Beteiligten. Mit Blick auf die Rechtsfolgenseite sind die Haftungstatbestände daher nicht vergleichbar. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die gesellschaftsrechtliche Rückgewährpflicht dem Erhalt des Vermögens und der Gesellschaft im ordentlichen Geschäftsbetrieb dient, während das Zahlungsverbot und die Insolvenzverschleppungshaftung im Interesse der Gläubigersamtheit verteilungsfähiges Vermögen der Gesellschaft erhalten und die Gleichbehandlung der Gläubiger sicherstellen sollen.²¹⁸¹ Damit sind die Haftungstatbestände auch unter Berücksichtigung der Anspruchszwecke nicht vergleichbar. Dementsprechend kann es nicht darauf ankommen, ob der deutsche Gesetzgeber von seinem Wahlrecht zur Einführung eines Solvenztests in Art. 21 Abs. 4 SPE-VOE-HU Gebrauch macht oder nicht. Folglich ist festzustellen, dass das Ausschüttungssystem in Art. 21 SPE-VOE-HU keinen dem Zahlungsverbot und der Insolvenzverschleppungshaftung vergleichbaren Schutz vermittelt.²¹⁸² Das Personalstatut der SPE ist lückenhaft.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Ordnungsregelungen²¹⁸³ nicht in Betracht. Die Lücke kann durch Anwendung des Zahlungsverbots und der Insolvenzverschleppungshaftung geschlossen werden, wenn dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Das deutsche Zahlungsverbot und die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung widersprechen den Strukturprinzipien des SPE-VOE-HU nicht, weil der Ordnungsgeber die Geschäftsleiterhaftung dem nationalen Recht

²¹⁷⁷ Vgl. Erwägung 6 (S. 8), Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU; zum Regelungsbereich der SPE-VO vgl. Kapitel 3 A. I.

²¹⁷⁸ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²¹⁷⁹ Vgl. Kapitel 4 C. II.

²¹⁸⁰ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 11 (S. 11).

²¹⁸¹ Dazu *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 1 ff.

²¹⁸² Ebenso auf Basis des SPE-VOE-SE *Hommelhoff/Freudenberg*, in: FS Wellensiek, S. 461, 465.

²¹⁸³ Vgl. Kapitel 4 D.

anheimstellt.²¹⁸⁴ Auf die Niederlassungsfreiheit kommt es im rein nationalen SPE-Konzern nicht an, weil es an einer grenzüberschreitenden Niederlassung fehlt.²¹⁸⁵ Die Anwendung des Zahlungsverbots und der Insolvenzverschleppungshaftung auf die SPE könnte aber gegen das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot²¹⁸⁶ verstoßen. Mit denselben Erwägungen wie bei der Insolvenzverursachungshaftung²¹⁸⁷ ist auch das Zahlungsverbot nur im Hinblick auf die vertretungsbefugten Geschäftsführer der Tochter-SPE als mit dem mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot vereinbar anzusehen.

Fraglich ist, ob die Insolvenzverschleppungshaftung mit dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar ist. In der dualistischen SPE trifft das Haftungsrisiko nur die Mitglieder des Geschäftsleitungsorgans, da nach Artt. 2 Abs. 1 lit. e (ii), 34 Abs. 1 SPE-VOE-HU nur diese vertretungsbefugt und damit als „Mitglieder des Vertretungsorgans“ im Sinne von § 15a InsO anzusehen sind. In der monistischen SPE werden dagegen die nichtvertretungsbefugten Organmitglieder nach Artt. 2 Abs. 1 lit. e (ii), 34 Abs. 1 SPE-VOE-HU ebenfalls als vertretungsberechtigt angesehen. Wegen der rechtsformunabhängigen Gesetzesfassung bzw. wegen des mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebots bei supranationalen Rechtsformen sind zwar etwaige Bedenken im Hinblick auf ein strafrechtliches Analogieverbot unbegründet.²¹⁸⁸ Es würde es diese Mitglieder aber diskriminieren, wenn sie anders als die Mitglieder des Aufsichtsorgans einer dualistischen SPE wegen Insolvenzverschleppung in Anspruch genommen werden könnten.²¹⁸⁹ Die für die Organmitglieder der Tochter-SPE geltenden Grundsätze gelten für die Inanspruchnahme der Organmitglieder der SPE-Gesellschafter nach § 15a Abs. 3 InsO bzw. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO im Falle der Führungslosigkeit der Tochter-SPE. Werden die SPE-Gesellschafter wegen Führungslosigkeit der SPE zur Rechenschaft gezogen, wirkt dies im Vergleich zum GmbH-Konzern nicht diskriminierend und entspricht dem mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot. Mithin ist auch die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung mit dem mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot grundsätzlich vereinbar. Die im Unionsrecht bestehende Lücke kann durch Anwendung des Zahlungsverbots und der Insolvenzverschleppungshaftung geschlossen werden, weil dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(iii) Zwischenfazit: Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung anwendbar

Die Lücke im SPE-Personalstatut kann durch Anwendung des Zahlungsverbots und der Insolvenzverschleppungshaftung geschlossen werden, weil dies mit dem Unionsrecht grundsätzlich vereinbar ist. Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das Zahlungsverbot und die Insolvenzverschleppungshaftung im faktischen SPE-Konzern

²¹⁸⁴ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12), Art. 9 Abs. 2 lit. I.

²¹⁸⁵ Vgl. Kapitel 4 E.

²¹⁸⁶ Vgl. Kapitel 4. E., F. Kapitel 4. E., F.

²¹⁸⁷ Vgl. unter vorstehend (3) (b).

²¹⁸⁸ Zu dem unter altem Recht in Bezug auf Auslandsgesellschaften geführten Meinungsstreit *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1481 f.; *Gross/Schork*, NZI 2006, 10, 13 f.; *Vallender*, ZGR 2006, 425, 458 m. w. N.

²¹⁸⁹ Denn diese sind grundsätzlich sämtlich vertretungsbefugt; auf Basis des SPE-VOE-K wie hier *Hommelhoff/Teichmann*, GmbH 2008, 897, 902; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 293; a. A. *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 284; zur SE vgl. *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, Anh. SE-Konzernrecht Rn. 31 f.; vgl. auch *Eberspächer*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 48 SE-VO Rn. 8 m. w. N.; vgl. auch *Veil*, WM 2003, 2169, 2174 f.; skeptisch dagegen *Hirte*, in: GK-AktG, § 308 Rn. 75; zur Kompetenzstruktur in der SPE vgl. grundlegend Kapitel 5 B.

deutscher Provenienz grundsätzlich anwendbar sind.²¹⁹⁰

(5) Recht der Gesellschafterdarlehen

(a) Inhalt und Qualifikation

Das MoMiG hat mit den §§ 135, 133, 44a, 39, 19 Abs. 2 InsO ein neues Sonderrecht für Gesellschafterdarlehen und -sicherheiten eingeführt. Folglich geht es bei diesem Sonderrecht nicht mehr um einen Eigenkapitalersatz, sondern um anfechtungs- und insolvenzrechtliche Fragen.²¹⁹¹ Aus diesem Grund ist nunmehr der Terminus *Recht der Gesellschafterdarlehen* treffender. Beim konzerninternen Liquiditätsmanagement können die neuen Vorschriften relevant werden, wenn eine Tochtergesellschaft Mittel aus dem *cash pool* erhält.

Fraglich ist, ob das neue deutsche *Recht der Gesellschafterdarlehen* als insolvenzrechtlich oder als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist. Die die Normen dienen unmittelbar der Vermögenssicherung zwecks gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung.²¹⁹² Dies legt eine insolvenzrechtliche Qualifikation nahe. Ferner verzichtet der Gesetzgeber auf die *Krise* als Tatbestandsmerkmal und sieht als Rechtsfolge gerade keinen Eigenkapitalersatz mehr vor. Vielmehr sind die als Rechtsfolgen angeordneten Rangrücktritte und Anfechtungsrechte für das Insolvenzrecht typisch. Das unterstreicht der Verordnungsgeber dadurch, dass er Fragen des Rangverhältnisses²¹⁹³ und der Anfechtung²¹⁹⁴ ausdrücklich in Art. 4 Abs. 2 litt. i und m EuInsVO nennt. Auch darf es keinen Ausschlag geben, dass eine Insolvenzeröffnung im Ausland dazu führen könnte, dass Gesellschafterdarlehen an eine deutsche Gesellschaft nicht mehr nach deutschem Recht behandelt werden. Zum gleichen Ergebnis führen die Überlegungen im Hinblick auf Anfechtungsrechte im Rahmen der Einzelvollstreckung.²¹⁹⁵ Mithin sprechen auch diese Erwägungen für eine insolvenzrechtliche Qualifikation. Außerdem spricht gegen eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation, dass Gesellschafterdarlehen keine genuin gesellschaftsrechtliche Materie sind. Folglich ist das neue deutsche *Recht der Gesellschafterdarlehen* als insolvenzrechtlich²¹⁹⁶ und nicht als gesellschaftsrechtlich zu qualifizie-

²¹⁹⁰ Ebenso Hommelhoff/Freudenberg, in: FS Wellensiek, S. 461, 465; Freudenberg, SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 248 ff., 252 ff.; Schoenemann, Organisationsverfassung, S. 120, 249; zu § 15a InsO Teichmann, in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE, S. 39, 50; zur SE Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 36, 40, 64; für die Insolvenzsverschleppungshaftung in der SE und SCE ebenso Hess, InsR, § 15a Rn. 10.

²¹⁹¹ Vgl. §§ 6, 6a, 11 AnfG; §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135, 143 InsO.

²¹⁹² Allgemein zur Verlagerung des Rechts der Gesellschafterdarlehen in das Insolvenzrecht durch das MoMiG vgl. z.B. Kolmann, in: Saenger/Inhester/GmbHG, Anhang § 30 Rn. 24 ff.

²¹⁹³ Vgl. BGH, Urteil v. 21. Juli 2011, NZI 2011, 738 ff. – PIN; Mankowski, NZI 2010, 1004; Albrecht, ZInsO 2013, 1623, 1629; Eidenmüller, in: FS Canaris, S. 49, 67 ff.; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 168; skeptisch Zahrte, ZInsO 2009, 223, 224, 229; für Anwendung des lit. g Schall, NJW 2011, 3745, 3747.

²¹⁹⁴ Vgl. Mankowski, NZI 2010, 1004; Albrecht, ZInsO 2013, 1623, 1629; Eidenmüller, in: FS Canaris, S. 49, 67 ff.; Zahrte, ZInsO 2009, 223; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 168; vgl. auch Lüer, in: Uhlenbruck/InsO, Vorbem. EuInsVO Rn. 18; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 102 ff.

²¹⁹⁵ Vgl. § 19 AnfG; für Auslandsgesellschaften ebenso Junker, in: MüKo-BGB, VO (EG) 864/2007 (Rom II-VO) Art. 1 Rn. 19 f.; Altmeppen/Ego, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 375 ff. (mit Fn. 4), 381; Sonnenberger, in: MüKo-BGB, Einl. IPR Rn. 769.

²¹⁹⁶ Ebenso MoMiG-RegE Begründung S. 137 f.; dem folgend Albrecht, ZInsO 2013, 1623, 1629; Fastrich, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 30 Anh. Rn. 5 ff.; Hirte, in: Uhlenbruck/InsO, § 39 Rn. 60; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, Anh. II zu § 4a Rn. 20; Franz BB 2009, 1250, 1253; K. Schmidt, in: ders./Uhlenbruck/GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 2.84; Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 298; Veil, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 38; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht, Art. 5 SE-VO Rn. 12; Mayer, in: Manz/dies./Schröder, SE-Kommentar, Art. 5 SE-VO Rn. 58; Fleischer, in: Michhalski/

ren.²¹⁹⁷

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

Fraglich ist, ob das neue *Recht der Gesellschafterdarlehen* ist im faktischen SPE-Konzern deutscher Provenienz anwendbar ist. Indem es als insolvenzrechtliche Haftungstatbestände einem Bereich jenseits des Regelungsbeereichs der SPE-VO entstammt,²¹⁹⁸ kommt eine Anwendung nicht nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang II in Betracht, sondern nur nach der EuInsVO bzw. allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen.²¹⁹⁹

(i) Lücke im Unionsrecht

Nach hier vertretener Auffassung gilt nationales Recht auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO nur dann und insoweit, wie das Personalstatut der SPE lückenhaft ist.²²⁰⁰ Hierfür könnte zunächst sprechen, dass Gesellschafterdarlehen *Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen* darstellen und der Unionsgesetzgeber durch den fakultativen Regelungsauftrag in VOE-HU-Anhang I Nr. 19 klar zu verstehen gegeben hat, zu solchen Geschäften keine materiellen Regelungen treffen zu wollen.²²⁰¹ Wären auch gläubigerschützende Aspekte vom Regelungsbereich des Regelungsauftrags erfasst, würde der Unionsgesetzgeber allerdings dem Satzungsgeber möglicherweise anheimstellen, gläubigerschützende Instrumente selbst zu regeln. Das erscheint nicht prinzipiell ausgeschlossen, doch lässt der SPE-VOE-HU jegliche Anhaltspunkte dazu vermissen, welchen Anforderungen privatautonome Gläubigerschutzinstrumente genügen müssen. Umgekehrt ist angesichts der umfangreichen anderweitigen Gläubigerschutzregelungen im SPE-VOE-HU nicht davon auszugehen, der Unionsgesetzgeber wolle in einem darart sensiblen Bereich wie demjenigen der Gesellschafterdarlehen auf Gläubigerschutzinstrumente verzichten.²²⁰² Vielmehr gewährt er die Gestaltungsfreiheit nur vorbehaltlich eines angemessenen Gläubiger- und Minderheitenschutzes.²²⁰³ Daher kann der SPE-VOE-HU im Bereich der Gesellschafterdarlehen

GmbHG, Systemat. Darst. Finanzierung Rn. 66; Casper, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 5; Mankowski, NZI 2010, 1004; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 151; Jung, Kapitalverfassung, S. 307 ff.; offenlassend Müller, in: Spindler/Stilz/AktG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 34; zum alten Recht Hommelhoff, ZHR 173 (2009), 255, 270 f.; allgemein Kindler, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 632 f., 634.

²¹⁹⁷ So aber bei der SE Ochsele, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 5 Rn. 27; unter altem Recht Schmidt, Societas Europaea, S. 462; bei Auslandsgesellschaften Altmeyden/Ego, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 381 ff.

²¹⁹⁸ Vgl. Erwägung 6 (S. 8), Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU; zum Regelungsbereich der SPE-VO vgl. Kapitel 3 A. I.

²¹⁹⁹ Vgl. auch Ekkenga, in: MüKo-GmbHG, § 30 Rn. 18 ff.

²²⁰⁰ Vgl. Kapitel 4 C.

²²⁰¹ In diese Richtung Jung, Kapitalverfassung, S. 306 ff.; zu VOE-HU-Anhang I Nr. 19 vgl. ausführlich Kapitel 6 C. II. 3.

²²⁰² Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 7a und 15 (S. 9, 12), Art. 37 (grenzüberschreitende Sitzverlegung); Erwägung 8 (S. 10), Artt. 10, 12 (Registereintragung); Erwägung 11, Artt. 2 Abs. 1 lit. c, 11 Abs. 2 lit. d, 21, 22, 28 Abs. 1 lit. e, Abs. 6, Anhang I Nr. 6 (Ausschüttungen); Erwägung 12 (S. 11), Artt. 24, 28 Abs. 1 lit. h, Abs. 6, Anhang I Nr. 20 (Kapitalherabsetzungen); Erwägung 14a (S. 12; *financial assistance*); Artt. 3 Abs. 1, 11 Abs. 2 lit. c, 15 Abs. 1a lit. e, f, Abs. 6, 16 Abs. 3, 19, 20, Anhang I NRn. 4 und 5 (Stammkapital und Einlagen); Art. 5b Abs. 4 lit. f, Abs. 5, Abs. 7, Abs. 9, Art. 9 Abs. 2 lit. m (Umwandlungsgründung); Erwägung 7 (S. 9), Artt. 5 lit. c, 9 Abs. 2 lit. ma (Verschmelzungsgründung); Artt. 23, 28 Abs. 1 lit. f, Abs. 6, Anhang I Nr. 7 (eigene Geschäftsanteile); Art. 26 Abs. 1 (Jahresabschlüsse); Art. 28 Abs. 1 lit. g, Anhang I Nr. 8 (Kapitalerhöhungen); Erwägung 6 (S. 8), Artt. 36 Abs. 2, 41 Abs. 2 (Insolvenz); Art. 15 Abs. 6 (Gesellschafterverzeichnis).

²²⁰³ Vgl. Kapitel 6 D. I.

nicht bereits mit isoliertem Blick auf VOE-HU-Anhang I Nr. 19 als lückenhaft angesehen werden.²²⁰⁴

Sondern es kommt darauf an, ob der SPE-VOE-HU dem Recht der Gesellschafterdarlehen vergleichbare Schutzmechanismen enthält. Das ist dann der Fall, wenn das Schutzsystem in Artt. 21, 22 und den übrigen Normen des SPE-VOE-HU dem aus dem *Recht der Gesellschafterdarlehen* folgenden Schutzsystem nicht vergleichbar ist. Die Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU greifen nur bei Ausschüttungen, setzen ein subjektives Element voraus und sehen zudem keine Subordination von Darlehensrückzahlungsansprüchen vor. Damit betreffen die Regelungen nur eine Teilmenge des *Rechts der Gesellschafterdarlehen*. Im Übrigen schlagen der Ordnungsgeber mit seinen gesellschaftsrechtlichen Normen und der deutsche Gesetzgeber mit seinen insolvenzrechtlichen Grundsätzen völlig unterschiedliche Schutzrichtungen ein. Mithin enthält der SPE-VOE-HU keine dem *Recht der Gesellschafterdarlehen* vergleichbaren Schutzinstrumente.²²⁰⁵ Das Personalstatut der SPE ist lückenhaft.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Verordnungsregelungen²²⁰⁶ nicht in Betracht. Die Lücke kann durch Anwendung des *Rechts der Gesellschafterdarlehen* geschlossen werden, wenn dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Indem das *Recht der Gesellschafterdarlehen* dem Schutz nach Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU nicht vergleichbar ist, sondern eine angemessene Ergänzung desselben darstellt, widerspricht es den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht. Aufgrund seiner rechtsformneutralen Ausgestaltung gilt das neue *Recht der Gesellschafterdarlehen* für SPEs ebenso wie für andere in Deutschland ansässige Gesellschaften und wahrt daher das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot.²²⁰⁷ Auf die Niederlassungsfreiheit kommt es im rein nationalen SPE-Konzern nicht an, weil es an einer grenzüberschreitenden Niederlassung fehlt.²²⁰⁸ Folglich kann die Lücke durch Anwendung des *Rechts der Gesellschafterdarlehen* geschlossen werden, weil dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(iii) Zwischenfazit: Recht der Gesellschafterdarlehen anwendbar

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das neue *Recht der Gesellschafterdarlehen* im faktischen deutschen SPE-Konzern anwendbar ist.²²⁰⁹

²²⁰⁴ Ähnlich wohl Jung, Kapitalverfassung, S. 306 ff.

²²⁰⁵ Auf Basis des SPE-VOE-K im Ergebnis ebenso Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 298, 329; im Ergebnis ebenso nach Prüfung der Gebhard-Formel Wohl auch Hommelhoff/Freudenberg, in: FS Wellensiek, S. 461, 465; Freudenberg, SPE zwischen Krise und Insolvenzureife, S. 248 ff., 252 ff.; zu Auslandsgesellschaften vorsichtiger Bayer, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, Anh. § 4 Rn. 20; a. A. für Auslandsgesellschaften Eidenmüller, in: FS Canaris, S. 49, 69; Zahrt, ZInsO 2009, S. 223 ff., 229 ff.; im Zusammenhang mit der Subordination auch Schall, NJW 2011, 3745, 3748; Vanmeenen/Van Hoe, IILR 2011, 468, 476 f.; nach altem Recht Spahlinger/Wegen, in: dies./Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 317; im Ergebnis wie hier, aber im Wege der Sonderanknüpfung Altmeyden/Ego, in: MÜKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 381 ff, 388.

²²⁰⁶ Vgl. Kapitel 4 C.

²²⁰⁷ Zum mitgliedstaatlichen Gleichbehandlungsgebot vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a).

²²⁰⁸ Vgl. allgemein Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²²⁰⁹ Im Ergebnis ebenso Pfennig, Gläubigerschutz, S. 158 f.; Martens, Managementstrukturen, S. 12; Culmann, SPE in der Krise, S. 52; Jung, Kapitalverfassung, S. 309; offenbar auch Hommelhoff, ZHR 173 (2009), 255, 270 f.; Freudenberg, Die SPE

b) SPE-Konzern als Vertragskonzern deutschen Rechts

Fraglich ist, welche Unterschiede sich beim Existenz- und Liquiditätsschutz im Vergleich zum faktischen SPE-Konzern ergeben, wenn sich die Unternehmen für die Errichtung eines SPE-Vertragskonzerns deutschen Rechts²²¹⁰ entscheiden. Ebenso wie im faktischen SPE-Konzern gelten die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG,²²¹¹ das Institut der Existenzvernichtungshaftung,²²¹² Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung²²¹³ sowie das neue *Recht der Gesellschafterdarlehen*.²²¹⁴ Anders als faktischen SPE-Konzern herrscht im SPE-Vertragskonzern allerdings anstelle des treuepflichtbasierten Schädigungsverbots die Pflicht zum Nachteilsausgleich und zur Gläubigersicherung analog §§ 302, 303 AktG.²²¹⁵ Freilich ist zu bedenken, dass ein Beherrschungsvertrag im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der herrschenden bzw. beherrschten Gesellschaft automatisch kraft Gesetzes endet.²²¹⁶

Im SPE-Vertragskonzern deutscher Provenienz folgt der Existenz- und Liquiditätsschutz also den gewohnten deutschen Maßstäben. Im Vergleich zum faktischen SPE-Konzern bestehen kaum Unterschiede.²²¹⁷ Der Existenz- und Liquiditätsschutz kommt bei der Entscheidung zwischen einem faktischen SPE-Konzern und einem SPE-Vertragskonzern nur insofern zum Tragen, als vor Insolvenz das strikte Schädigungsverbot durch eine konzernfreundlichere Nachteilsausgleichspflicht ersetzt wird. Mit dieser Erwägung kann der SPE-Vertragskonzern dem faktischen SPE-Konzern vorzuziehen sein.

c) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

In Auslegung des SPE-VOE-HU können die Gesellschafter kraft Satzungsunionsrecht Weisungsrechte vereinbaren, die Tochter-SPE aber nicht auf ein Konzerninteresse ausrichten.²²¹⁸ Selbst wenn ein unionsrechtliches Weisungsrecht besteht und insoweit nationales Recht gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU sperrt, ist nicht ersichtlich, wie sich das auf den Existenz- und Liquiditätsschutz im deutschen SPE-Konzern auswirken könnte.

Indem in Bezug auf das Gesellschaftsinteresse nationales Recht nicht ausgeschlossen werden kann, entspricht

zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 227 ff., 260 f., 267; mit Zweifeln *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153 f.; vgl. auch *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 135, 266, 270 f.

²²¹⁰ Vgl. Kapitel 7 B. II. 2.

²²¹¹ Vgl. unter vorstehend 1. a); zum GmbH-Recht *Servatius*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Konzernrecht Rn. 131.

²²¹² Vgl. Kapitel 7 D. I. 1. a); zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung im Vertragskonzern *Emmerich*, in: Scholz/GmbHG, Anhang § 13 Rn. 178; *Drygala/Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 42 Rn. 30, 34; *Wellhöfer*, in: Wellhöfer/Peltzer/Müller/Haftung, § 4 Rn. 319 (mit Fn. 791); *Servatius*, in: Beck'scher OK-GmbHG, Systemat. Darst. Konzernrecht Rn. 150 ff.; *ders.*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Konzernrecht Rn. 118, vgl. auch Rn. 123, 126 f.; *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 190; *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 98.

²²¹³ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²²¹⁴ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²²¹⁵ Vgl. unter vorstehend a) (1) (a) sowie allgemein *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, GmbH-Konzernrecht Rn. 368 ff., 401, 509 ff.; *Vogt*, in: Beck'sches GmbH-HB, § 17 Rn. 308 ff. Kapitel 7; zum GmbH-Konzern *Ehricke*, in: MüKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 62.

²²¹⁶ Mit Überblicken über die verschiedenen Meinungen *Altmeppen*, in: Roth/*ders.*/GmbHG, Anh. § 13 Rn. 92 ff.; *Hirte*, in: Uhlenbruck/InsO, § 11 Rn. 397 ff.; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. GmbH als Konzernbaustein Rn. 939 ff.; im internationalen Kontext *Ehricke*, in: MüKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 39 ff., 86; *Spahlinger/Wegen*, in: dies./Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 438.

²²¹⁷ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²²¹⁸ Vgl. Kapitel 5 C. V., Kapitel 6 D. IV. 4.

die Situation insoweit derjenigen des faktischen SPE-Konzerns. Anders als im SPE-Vertragskonzern herrscht keine Pflicht zum Verlustausgleich und zur Gläubigersicherung analog §§ 302, 303 AktG, sondern das treuepflichtbasierte Schädigungsverbot.²²¹⁹ Ebenso wie im faktischen SPE- und im SPE-Vertragskonzern gelten die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG, das Institut der Existenzvernichtungshaftung, Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung sowie das neue *Recht der Gesellschafterdarlehen*.²²²⁰ Mithin macht es keinen Unterschied, dass das Satzungsunionsrecht anders als ein Beherrschungsvertrag²²²¹ im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der herrschenden bzw. beherrschten SPE nicht automatisch seine Gültigkeit verliert. Aspekte des Existenz- und Liquiditätsschutzes geben bei der Entscheidung der Unternehmen zwischen einem Vertragskonzern und einem Konzern mit Satzungsunionsrecht keinen Ausschlag.

d) Zwischenfazit: Existenz- und Liquiditätsschutz im nationalen SPE-Konzern

Im deutschen faktischen SPE-Konzern findet ebenso wie bei der GmbH ein treuepflichtbasiertes Schädigungsverbot Anwendung. Daneben gelten die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG, das Institut der Existenzvernichtungshaftung, Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung sowie das neue *Recht der Gesellschafterdarlehen*. Im SPE-Vertragskonzern tritt an die Stelle des treuepflichtbasierten Schädigungsverbots die Pflicht zum Nachteilsausgleich analog §§ 302, 303 AktG. Im SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht herrscht anders als im SPE-Vertragskonzern keine Pflicht zum Nachteilsausgleich und zur Gläubigersicherung analog §§ 302, 303 AktG, sondern wie im faktischen SPE-Konzern das treuepflichtbasierte Schädigungsverbot. Insgesamt gesehen geben Aspekte des Existenz- und Liquiditätsschutzes bei der Entscheidung der Unternehmen zwischen einem SPE-Konzern mit oder ohne Satzungsunionsrecht keinen Ausschlag.

Was effizienzsteigernde *isolierte* Weisungsrechte im Rahmen der Konzernfinanzierung anbelangt, erweisen sich der faktische SPE-Konzern, der SPE-Vertragskonzern und der SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht im rein deutschen Sachverhalt als gleichwertige Alternativen. Die Gesellschafterversammlung darf die Tochter-SPEs in allen drei Fällen zur Gewährung von aufsteigenden Darlehen, zum Anschluss an einen *cash pool* und zu anderen Maßnahmen anweisen, und zwar entweder erstens gemäß Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU i. V. m. § 37 GmbHG oder zweitens analog §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 AktG oder drittens gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 9 und 10 bzw. Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU i. V. m. einem allgemeinen Weisungsrecht in der Satzung der Tochter-SPE.²²²² Gleich ob *isolierte* Weisungsrechte auf § 37 GmbHG oder Satzungsunionsrecht beruhen, können die Mutter-SPE und deren Organmitglieder sowie die Organmitglieder der Tochter-SPE bei Pflichtverletzungen gemäß §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 3 AktG bzw. § 43 GmbHG in Anspruch genommen werden.²²²³

Was eine effizienzsteigernde Konzernausrichtung im Rahmen der Konzernfinanzierung anbelangt, ist dagegen der SPE-Vertragskonzern das Mittel der Wahl, weil er analog §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 AktG zu Nachteilszufügungen gegen Verlustausgleich berechtigt. Im faktischen SPE-Konzern sowie im SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht müssen die Beteiligten dagegen penibel auf die vereinbarten Darlehens- bzw. *cash pooling*-Konditionen

²²¹⁹ Vgl. unter vorstehend a) (1) und b).

²²²⁰ Vgl. unter vorstehend a) (2), (3), (4), (5) und b).

²²²¹ Vgl. unter vorstehend b).

²²²² Vgl. Kapitel 5 B. V., C. V., Kapitel 7 B. II. 2. c), 3. b) (1) und (2).

²²²³ Zum faktischen SPE-Konzern deutschen Rechts vgl. Kapitel 7 B. II. 3. b) (3).

achten.²²²⁴

2. Transnationaler SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung

a) Anknüpfung des nationalen Rechts

Soweit der Existenz- und Liquiditätsschutz nationalem Recht unterliegt, richtet er sich im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern nach dem am Satzungs- und Verwaltungssitz der Tochter-SPE geltenden englischen Recht. Sofern der Existenz- und Liquiditätsschutz gesellschaftsrechtlicher Natur ist, ergibt sich das aus Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU, der an den Satzungssitz der Tochter-SPE anknüpft.²²²⁵ Sofern er als insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist, knüpfen die EulnsVO bzw. allgemeine internationalprivatrechtliche Grundsätze an den *COMI*, also ebenfalls den Verwaltungssitz der Tochter-SPE in England an.²²²⁶ Sofern es sich um deliktsrechtliche Existenz- und Liquiditätsschutztatbestände handelt, knüpfen Artt. 4 Abs. 1, 23 Rom-II-VO am Erfolgsort und damit ebenso am englischen Verwaltungssitz der Tochter-SPE an.²²²⁷

Für das Konzernverhältnis und den konzernrechtlichen Schutz auf Ebene der Tochter-SPE gilt im Wege eines SPE-spezifischen *wertenden Sachnormverweises*²²²⁸ gemäß Art. 4 Abs. 2 und 3 SPE-VOE-HU das durch englisches Recht durchfärbte Personalstatut der Tochter-SPE.

b) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag

(1) Directors' Duties for the Benefit of Creditors

(a) Inhalt und Qualifikation

Das englische Haftungsinstitut der *directors' duties for the benefit of creditors* entspringt dem nicht kodifizierten *common law*. Nach überwiegender Meinung ist es auf eine Binnenhaftung gegenüber der Gesellschaft gerichtet. Die *directors' duties for the benefit of creditors* entstehen in der insolvenznahen Gesellschaft, indem die Geschäftsleiter ihr Handeln nun nicht mehr am Interesse der Gesellschaftergesamtheit, sondern am Gläubigerinteresse ausrichten müssen. In einer Gesamtschau des *case law* bleibt unklar, zu welchem genauen Zeitpunkt dieser Paradigmenwechsel eintritt. Jedenfalls ist der Interessenumbruch erfolgt, wenn die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist. Damit ähnelt die Haftung dem deutschen Zahlungsverbot²²²⁹ bzw. der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung. Die Geschäftsleiter müssen ihr Entscheidungsverhalten allerdings bereits deutlich früher, nämlich dann ändern, wenn die Insolvenz der Gesellschaft überwiegend wahrscheinlich ist. Das bringt die Haftung in die Nähe der deutschen Insolvenzverursachungshaftung. Insgesamt überschneidet sich der Anwendungsbereich der *directors' duty for the benefit of creditors* mit demjenigen des *fraudulent trading* und *wrongful trading*, setzt aber zeitlich früher an. Qualifiziert man die Muttergesellschaft als *shadow director* der

²²²⁴ Vgl. auch Kneisel, SPE im Konzern, S. 213 ff., 283.

²²²⁵ Vgl. allgemein Kapitel 2 G.

²²²⁶ Vgl. allgemein Kapitel 3 A. I. 1. d).

²²²⁷ Vgl. allgemein Kapitel 3 A. I. 1. d).

²²²⁸ Zur Herleitung vgl. Kapitel 4 E. III. 2. b) (5).

²²²⁹ Schall, NJW 2011, 3745, 3748.

Tochter, kann sie ebenfalls wegen einer Verletzung der *directors' duties for the benefit of creditors* haften.²²³⁰

Die Haftung wegen Verletzung der *directors' duties for the benefit of creditors* ist als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.²²³¹ Denn indem sie an die Geschäftsleiterpflicht zum Handeln *in the best interest of the company* anknüpfen, bilden sie einen integralen Bestandteil der gesellschaftsrechtlichen Binnenpflichten der Geschäftsleiter.

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

Die *directors' duties for the benefit of creditors* könnte im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU anwendbar sein. Die Verweisnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU ist einschlägig, weil das Schädigungsverbot als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist.²²³²

(i) Lücke im Unionsrecht

Des Weiteren müsste das Unionsrecht insoweit lückenhaft sein.²²³³ Die Lückenhaftigkeit des Unionsrechts ergibt sich zunächst daraus, dass der Ordnungsgeber das Eigeninteresse der nachgeordneten SPE grundsätzlich dem nationalen Recht anheimstellt²²³⁴ und der englische Haftungstatbestand an die Pflicht zum Handeln *im besten Interesse der Gesellschaft* anknüpft. Außerdem könnte der Tatbestand der *directors' duties for the benefit of creditors* wegen rechtswidriger Ausschüttungen nach Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU im Hinblick auf den Gesellschafter- und Gläubigerschutz als nicht abschließend anzusehen sein. Selbst wenn keine Ausschüttung bzw. keine rechtswidrige Ausschüttung vorliegt, können Gesellschafter und Gläubiger trotzdem unangemessen gefährdet sein. Der vom Ordnungsgeber verfolgte Schutzzweck nur dann wirksam erreicht, wenn das unionsrechtliche Kapitalschutzsystem durch einen Existenz- und Liquiditätsschutz ergänzt wird. Mithin ist der Haftungstatbestand in Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU im Hinblick auf den Gesellschafter- und Gläubigerschutz nicht als abschließend anzusehen. Das Unionsrecht ist lückenhaft.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Ordnungsregelungen²²³⁵ nicht in Betracht. Folglich sind die Lücken im Unionsrecht durch den englischen Haftungstatbestand der *directors' duties for the benefit of creditors* zu schließen, wenn und soweit dieser Haftungstatbestand mit dem Unionsrecht vereinbar ist.²²³⁶

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

²²³⁰ Vgl. *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 174; *Fleischer*, in: MÜKo-GmbHG, Einl. Rn. 250; *Rehm*, in: Eidenmüller/Ausl. Kapitalgesellschaften, § 10 Rn. 70; *Schall*, DStR 2006, 1229 ff.; *ders.*, ZIP 2005, 965, 968, 973; *von Thunen*, Directors' Duty, S. 123 ff., 138 ff., 151 ff., 187 ff., 266 ff.; *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 199 ff.

²²³¹ Ebenso *von Thunen*, Directors' Duty, S. 372 ff., 421; *Schall*, DStR 2006, 1229 ff.; *ders.*, ZIP 2005, 965, 968, 973; wohl nunmehr a. A. *ders.*, NJW 2011, 3745, 3746 – insolvenzrechtlich; vgl. auch *ders.*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorb. §§ 15 ff., Rn. 12.

²²³² Vgl. unter soeben (a) sowie Kapitel 3 A. I.

²²³³ Vgl. Kapitel 4 C.

²²³⁴ Vgl. Kapitel 6 D. IV. 4.

²²³⁵ Vgl. Kapitel 4 D. II. 1.

²²³⁶ Vgl. Kapitel 4 E. IV.

Das ist zunächst dann der Fall, wenn und soweit das englische Recht den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht widerspricht. Der englische Tatbestand der *directors' duties for the benefit of creditors* greift auch jenseits von Ausschüttungen oder rechtswidrigen Ausschüttungen. Er führt zu Schadensersatzansprüchen und nicht nur zu einer bloßen Rückgewährpflicht. Damit ist es nicht nur dem Tatbestand, sondern auch der Rechtsfolge nach weiter als das unionsrechtliche Ausschüttungsverbot. Die englischen Regelungen sind dem Schutz nach Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU nicht vergleichbar, sondern stellen eine angemessene Ergänzung desselben dar. Mithin widerspricht es den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht, zur Lückenschließung die englischen *directors' duties for the benefit of creditors* heranzuziehen.

Die Anwendung des Haftungstatbestands wahrt das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot,²²³⁷ weil er ebenso gilt wie bei einer nachgeordneten Limited. Fraglich ist aber, ob die Anwendung des Haftungstatbestands mit der Niederlassungsfreiheit²²³⁸ vereinbar ist. Indem es bei der sitzgekoppelten englischen Tochter-SPE an einer grenzüberschreitenden Niederlassung fehlt, kann allenfalls das Recht der deutschen Konzernmutter betroffen sein, nach Artt. 49, 54 AEUV eine Tochtergesellschaft zu gründen und zu leiten. Wegen Verletzung der *directors' duties for the benefit of creditors* können sowohl die Geschäftsleiter der englischen Tochter-SPE, als auch die deutsche Mutter-SPE als *shadow director* haften. Hierdurch wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit der Mutter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht. Dieser marktzutrittshindernde Eingriff ist nur dann gestattet, wenn er nach dem *Gebhard-Test* gerechtfertigt ist. Da der Haftungstatbestand ebenso gilt wie bei einer nachgeordneten Limited, ist seine Anwendung nicht diskriminierend und wahrt das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot.²²³⁹ Indem die *directors' duties for the benefit of creditors* dem Gläubigerschutz dienen, ist ihre Anwendung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten. Indem der Haftungstatbestand abschreckend bzw. ausgleichend wirkt und der SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutzmechanismen vorhält, ist seine Anwendung zur Erreichung des Gläubigerschutzes auch geeignet und verhältnismäßig im engeren Sinne. Mithin besteht der Haftungstatbestand der *directors' duties for the benefit of creditors* den *Gebhard-Test* und verletzt die Niederlassungsfreiheit der deutschen Mutter-SPE nicht. Folglich widerspricht es dem Unionsrecht nicht, den englischen Haftungstatbestand der *directors' duties for the benefit of creditors* lückenschließend anzuwenden.

(iii) Zwischenfazit: Directors' Duties for the Benefit of Creditors anwendbar

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Haftungstatbestand der *directors' duties for the benefit of creditors* im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern über Art. 4 Abs. 2 und 3 SPE-VOE-HU anwendbar ist.

(2) Piercing the veil-Durchgriffshaftung

(a) Inhalt und Qualifikation

Eine *piercing the veil*-Durchgriffshaftung englischen Rechts kann auf Basis des *common law* in verschiedenen

²²³⁷ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a).

²²³⁸ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²²³⁹ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

Ausprägungen bestehen, wird aber von den englischen Gerichten nur selten bejaht.²²⁴⁰ Im Konzern bejahen die englischen Gerichte eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter nur in krassen Ausnahmefällen.²²⁴¹ Beispielsweise kann die Muttergesellschaft nach der sogenannten *fraud exception* ausnahmsweise dann haften, wenn sie die Tochtergesellschaft als bloßen *agent* bzw. bloße *façade* missbraucht. Daran knüpfen auch die Entscheidungen *Creasey v Breachwood Motors Ltd and others*²²⁴² und *Connelly v RTZ Corp plc*²²⁴³ an, bei denen zum Missbrauch noch grobe persönliche Pflichtverletzungen der Geschäftsführer hinzukamen. Aufschrecken ließen die Entscheidungen *Re Hellenic and General Trust Ltd*²²⁴⁴ und *DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council*,²²⁴⁵ die Mutter und Tochter wegen starker wirtschaftlicher und finanzieller Verflechtungen bzw. wegen Doppelmandaten als eine einzige Rechtsperson behandelten. Solche Tendenzen wurden aber u. a. in der Entscheidung *Bank of Tokyo Ltd v Karoon*²²⁴⁶ ausdrücklich revidiert und haben sich im englischen Recht nicht durchgesetzt.

Die englischen Grundsätze des *piercing the corporate veil* sind als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.²²⁴⁷ Denn sie bilden eine Ausnahme von dem *separate entity principle*, wonach eine Kapitalgesellschaft ganz grundsätzlich als haftungsabschirmendes Subjekt gebraucht werden darf. Dieses Prinzip hat seinerseits seinen Ursprung in der *Salomon v Salomon & Co Ltd* Entscheidung,²²⁴⁸ die einen wesentlichen Grundstein für das moderne englische Kapitalgesellschaftsrecht bildet.²²⁴⁹

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

Die *piercing the veil*-Doktrin könnte im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU anwendbar sein. Die Verweisnorm des Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU ist einschlägig, weil die Doktrin als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist.²²⁵⁰

(i) Lücke im Unionsrecht

²²⁴⁰ Vgl. *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 110; *Schall*, DStR 2006, 1229, 1235 f.; *Rehm*, in: Eidenmüller/Ausl. Kapitalgesellschaften, § 10 Rn. 66; ausführlich *Müller*, Gläubigerschutz, S. 92 ff.; *Hannigan*, Company Law, mn. 3-21 et seqq. (pp. 48 et seqq.); *Fleischer*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darst. Finanzierung Rn. 78; a. A. *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 393 f. (mit Fn. 1054 und 1056).

²²⁴¹ Vgl. *Hannigan*, Company Law, mn. 3-15 et seqq. (pp. 44 et seqq.); *Davies*, Company Law, pp. 32 et seq., 99; *Müller*, Gläubigerschutz, S. 107 ff.

²²⁴² [1993] BCLC 480.

²²⁴³ [1999] CLC 533.

²²⁴⁴ [1976] 1 WLR 123.

²²⁴⁵ [1976] 1 WLR 852 (CA).

²²⁴⁶ [1987] AC. 45 (CA).

²²⁴⁷ Ebenso *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 110; *Schall*, DStR 2006, 1229, 1235 f.; *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618, 1620; allgemein zur Qualifikation von Durchgriffshaftungstatbeständen *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 152; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 639 ff.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/GmbHG, Anh. II § 4a Rn. 37; *Eidenmüller*, RabelsZ 2006, 474, 488; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 187.

²²⁴⁸ [1897] AC 22.

²²⁴⁹ Vgl. z. B. *Hannigan*, Company Law, mn. 3-1 et seqq., 3-18 et seqq. (pp. 40 et seqq., 46 et seqq.); *Davies*, Company Law, pp. 25 et seqq., 96; allgemein *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 682.

²²⁵⁰ Vgl. unter soeben (a) sowie Kapitel 3 A. I.

Des Weiteren müsste das Unionsrecht insoweit lückenhaft sein.²²⁵¹ Die Lückenhaftigkeit des Unionsrechts ergibt sich im Hinblick auf die *piercing the veil*-Doktrin englischen Rechts nach denselben Erwägungen wie im Hinblick auf die *Trihotel*-Doktrin deutschen Rechts.²²⁵² Da beide Institute nach der hier vertretenen Ansicht als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sind, kollidieren sie im transnationalen SPE-Konzern auch nicht. Zu einer Kollision käme es nur, wenn man die Existenzvernichtungshaftung als deliktsrechtlich,²²⁵³ aber „gesellschaftsrechtlich“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom II-VO qualifiziert.²²⁵⁴ Dann käme mit der Tatortregel der Artt. 40 ff. EGBGB grundsätzlich deutsches Recht zur Anwendung, weil der die Tochter-SPE schädigende Eingriff am Sitz der Mutter-SPE in Deutschland vorgenommen wird.²²⁵⁵ Das Unionsrecht ist also lückenhaft.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Verordnungsregelungen²²⁵⁶ nicht in Betracht. Folglich sind die Lücken im Unionsrecht mithilfe der englischen *piercing the veil*-Doktrin zu schließen, wenn und soweit dieser Haftungstatbestand mit dem Unionsrecht vereinbar ist.²²⁵⁷

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Indem der Unionsgesetzgeber die in Art. 3 Abs. 1 SPE-VOE-HU vorgegebene Haftungstrennung nicht um jeden Preis gewähren möchte und einer Ergänzung des unionsrechtlichen Schutzsystems in Missbrauchsfällen abgeschlossen gegenübersteht,²²⁵⁸ widerspricht die englische *piercing the veil*-Doktrin den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht.

Die Anwendung des Haftungstatbestands wahrt das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot,²²⁵⁹ weil er ebenso gilt wie bei einer nachgeordneten Limited. Die Anwendung des Haftungstatbestands könnte aber das Recht der deutschen Konzernmutter verletzen, nach Artt. 49, 54 AEUV eine Tochtergesellschaft zu gründen und zu leiten.²²⁶⁰ Durch die Geltung der englischen *piercing the veil*-Doktrin wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit der Mutter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht. Dieser marktzutritts hindernde Eingriff ist allerdings nach dem *Gebhard*-Test gerechtfertigt, weil die Anwendung der *piercing the veil*-Doktrin nicht diskriminierend ist und dem Gläubigerschutz dient, wobei der SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutz-

²²⁵¹ Vgl. Kapitel 4 C.

²²⁵² Vgl. unter vorstehend 1. a).

²²⁵³ So *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 151; *Martens*, Managementstrukturen, S. 12, 164 f., 167, 169; für die SE *Mock*, Der Konzern 2008, 539 ff.; *Casper*, in: Spindler/Stilz/AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 5; nunmehr auch *Fleischer*, in: Lutter/Hommelhoff/SE-Kommentar, Art. 5 Rn. 7; für Auslandsgesellschaften *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 151; *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 13.

²²⁵⁴ Allgemein *Spickhoff*, in: Beck'scher OK-BGB, VO (EG) 864/2007 Art. 1 Rn. 15; *Junker*, in: MüKo-BGB, VO (EG) 864/2007 Art. 1 Rn. 36 ff.

²²⁵⁵ Vgl. *Freudenberg*, Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife, S. 123 ff.; allgemein *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 29; *Weller*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 391; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Intern. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 625; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Vorbem. Unerl. Handlungen Rn. 86; *Junker*, in: MüKo-BGB, Art. 40 EG BGB Rn. 1 ff., 19 ff.; jeweils m. w. N.

²²⁵⁶ Vgl. Kapitel 4 D. II. 1.

²²⁵⁷ Vgl. Kapitel 4 F.

²²⁵⁸ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (b) (ii).

²²⁵⁹ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a), F.

²²⁶⁰ Vgl. Kapitel 4 F.

mechanismen enthält. Mithin ist es mit es dem Unionsrecht vereinbar, zur Lückenschließung die englische *piercing the veil*-Doktrin heranzuziehen.

(iii) Zwischenfazit: Piercing the Veil-Doktrin anwendbar

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die *piercing the veil*-Doktrin ist im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern mit englischer Tochter-SPE anwendbar ist.²²⁶¹

(3) Directors' Duties to Promote the Success of the Company and to Exercise Independent Judgement

(a) Inhalt und Qualifikation

Die *duty to promote the success of the company* verlangt von einem *director*, das Wohl der Gesellschaft zu fördern und dabei Rücksicht auf die Gläubigerinteressen zu nehmen.²²⁶² Nach der *duty to exercise independent judgement* hat er des Weiteren unabhängig zu urteilen.²²⁶³

Beide Pflichten berühren unmittelbar die Organisationsverfassung und das organschaftliche Haftungsregime der Gesellschaft und sind damit als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.²²⁶⁴

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

(i) Lücke im Unionsrecht

Des Weiteren müsste das Unionsrecht insoweit lückenhaft sein.²²⁶⁵ Dazu dürfte der SPE-VOE-HU insoweit nicht abschließend sein und keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthalten. Der Unionsgesetzgeber stellt die Interessenausrichtung der SPE sowie die Haftung ihrer Organe dem nationalen Recht stets anheim.²²⁶⁶ In Bezug auf die Organisationsverfassung der SPE greift nationales Recht, wenn – wovon vorliegend ausgegangen wird²²⁶⁷ – die Gesellschafter sie nicht unionsrechtlich geregelt haben.²²⁶⁸ Folglich ist das Unionsrecht lückenhaft.

²²⁶¹ Im Ergebnis ebenso für die SE, aber mit anderer Nuancierung *Ochsele*, in: MüKo-AktG, VO (EG) 2157/2001 Art. 1 Rn. 7.

²²⁶² Vgl. sec. 172 (1) CA 2006; *Schall*, DStR 2006, 1229, 1231, 1235 f.; *ders.*, ZIP 2005, 965, 968; *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 1363 ff.

²²⁶³ Vgl. sec. 173 CA 2006; *Schall*, DStR 2006, 1229, 1231, 1235 f.; *ders.*, ZIP 2005, 965, 968; *Spahlinger/Wegen*, Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 1363 ff.

²²⁶⁴ Vgl. auch *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 145 ff.

²²⁶⁵ Vgl. Kapitel 4 C.

²²⁶⁶ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12), Art. 9 Abs. 2 lit. I; Kapitel 6 D. IV. 4.

²²⁶⁷ Zum SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht vgl. unter nachstehend d).

²²⁶⁸ Vgl. Kapitel 5 B. V.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Verordnungsregelungen²²⁶⁹ nicht in Betracht. Folglich sind die Lücken im Unionsrecht mithilfe der *duty to promote the success of the company* und der *duty to exercise independent judgement* zu schließen, wenn und soweit diese Haftungstatbestände mit dem Unionsrecht vereinbar sind.²²⁷⁰

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Indem der Verordnungsgeber die Organisationsverfassung und Interessenausrichtung der SPE sowie die Haftung ihrer Organe dem nationalen Recht überlässt,²²⁷¹ widerspricht es den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht, die *duty to promote the success of the company* und der *duty to exercise independent judgement* lückenschließend heranzuziehen.

Die Anwendung der Haftungstatbestände wahrt das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot,²²⁷² weil sie ebenso gelten wie bei einer nachgeordneten Limited. Die Anwendung der Haftungstatbestände könnte aber das Recht der deutschen Konzernmutter verletzen, nach Artt. 49, 54 AEUV eine Tochtergesellschaft zu gründen und zu leiten.²²⁷³ Durch die Geltung der *duty to promote the success of the company* und der *duty to exercise independent judgement* wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit der Mutter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht. Dieser marktzutrittshindernde Eingriff ist allerdings dem *Gebhard-Test* gerechtfertigt, weil die Anwendung der Haftungstatbestände nicht diskriminierend ist und dem Gläubigerschutz dient, wobei SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthält. Mithin ist es mit dem Unionsrecht vereinbar, zur Lückenschließung die *duty to promote the success of the company* und der *duty to exercise independent judgement* heranzuziehen.

(iii) Zwischenfazit: Duties to Promote the Success of the Company and to Exercise Independent Judgement anwendbar

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Haftungstatbestände der *duty to promote the success of the company* und der *duty to exercise independent judgement* im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern mit englischer Tochter-SPE anwendbar sind.

(4) Fraudulent Trading und Wrongful Trading

(a) Inhalt und Qualifikation

Die Geschäftsleitung einer englischen Limited läuft Gefahr, nach den Rechtsinstituten des *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading* wegen eines betrügerischen bzw. fälschlichen Handelns persönlich und unbeschränkt zu haften.²²⁷⁴ Die Muttergesellschaft ist demselben Risiko ausgesetzt, wenn sie als *de facto director* oder *shadow director* der Tochter-SPE eingestuft wird. Weil ein *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading* schwer nachweisba-

²²⁶⁹ Vgl. Kapitel 4 D. II. 1.

²²⁷⁰ Vgl. Kapitel 4 F.

²²⁷¹ Vgl. unter soeben (i).

²²⁷² Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a), F.

²²⁷³ Vgl. Kapitel 4 F.

²²⁷⁴ Vgl. secc. 213, 214 IA 1986, sec. 993 CA 2006.

ren Anforderungen unterliegt und nur durch den amtlich bestellten Vermögensverwalter geltend gemacht werden kann, sind die Rechtsinstitute in der Praxis weniger als Haftungsfälle als vielmehr als Grundlagen für eine sogenannte *disqualification* von Geschäftsleitern relevant.²²⁷⁵

Sowohl das *fraudulent trading* als auch das *wrongful trading* könnten als insolvenzrechtlich zu qualifizieren sein. Beide Institute zielen auf eine zivilrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft und eine strafrechtliche Haftung. Wegen *fraudulent trading* wird in Anspruch genommen, wer während der Insolvenz oder einer anderweitigen Abwicklung der Gesellschaft mit betrügerischer Absicht aktiv Handlungen zum Schaden der Gesellschaftsgläubiger oder anderer Personen vornimmt. Eine Haftung wegen *wrongful trading* kommt demgegenüber nur bei Abwicklungen wegen Insolvenz in Betracht, erfordert aber kein betrügerisches Handeln. Der mit dem *wrongful trading* verbundene Vorwurf liegt vielmehr darin, die Geschäfte fortgeführt zu haben obwohl der betreffende Geschäftsleiter und jeder andere Geschäftsleiter wussten oder hätten wissen müssen, dass sich die Insolvenz der Gesellschaft nicht mehr abwenden lassen würde. Damit setzt die Haftung aus *wrongful trading* früher an als diejenige aus *fraudulent trading*.²²⁷⁶ Beide Institute sind funktional mit der Insolvenzverschleppungshaftung verwandt. Aus den genannten Gründen sind sowohl das *fraudulent trading* als auch das *wrongful trading* als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.²²⁷⁷

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

Fraglich ist, ob die Haftungsinstitute des *fraudulent trading* und *wrongful trading* im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern auf die Geschäftsleiter und Gesellschafter einer in England residierenden Tochter-SPE anzuwenden sind. Indem das *fraudulent trading* und *wrongful trading* als insolvenzrechtliche Haftungstatbestände einem Bereich jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO entstammen,²²⁷⁸ kommt eine Anwendung

²²⁷⁵ Allgemein *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 111, 173; *Rehm*, in: Eidenmüller/Ausl. Kapitalgesellschaften, § 10 Rn. 67 ff.; *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 670 ff., 681; *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 250; *Just, Limited*, Kap. V Rn. 181 ff.; *H.F. Müller*, in: MüKo-GmbHG, § 64 Rn. 158; *Gottwald/Kolmann*, in: Gottwald/Insolvenzrechts-Handbuch, § 132 Rn. 97.; *Schall*, DStR 2006, 1229, 1234 ff.; *von Thunen*, Directors' Duty, S. 93 ff.; *Bitter*, in: Scholz/GmbHG, Anh. § 64 Rn. 2, 15; ausführlich *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 177, 180 ff.; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 139 ff., 244 f.

²²⁷⁶ Vgl. *Schmidt*, Societas Europaea, S. 458; *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 400; *Hirte/Mock*, ZIP 2005, 474, 477; *Conac*, ECFR 2013, 194, 216; *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 111, 113; *Ringe/Willemer*, NZG 2010, 56, 57; *Fleischer*, DStR 2000, 1015, 1018; *ders.*, DStR 2000, 1015, 1018; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 230 f.; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 38 (mit Fn. 97); *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 44; *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 400; *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 111, 114; *Gross/Schork*, NZI 2006, 10, 14; *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 177, 214 f.; *Gloger/Goette/van Huet*, DStR 2008, 1194, 1196 f.; *Schanze*, NZG 2007, 681, 686.

²²⁷⁷ So auch *Schmidt*, Societas Europaea, S. 458; das *wrongful trading* dem Gesellschaftsrecht zurechnend *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 400; *Hirte/Mock*, ZIP 2005, 474, 477; tendentiell auch *Conac*, ECFR 2013, 194, 216; *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 111, 113; wohl auch *Ringe/Willemer*, NZG 2010, 56, 57; zur Vergleichbarkeit des *fraudulent trading* *Fleischer*, DStR 2000, 1015, 1018; zur Vergleichbarkeit des *wrongful trading* *ders.*, DStR 2000, 1015, 1018; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 230 f.; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 9 SE-VO Rn. 38 (mit Fn. 97); *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 44; *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 400; *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 111, 114; a. A. *Gross/Schork*, NZI 2006, 10, 14; *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 177, 214 f.; wiederum a. A., nämlich das *wrongful trading* mit der Existenzvernichtungshaftung vergleichend *Gloger/Goette/van Huet*, DStR 2008, 1194, 1196 f.; *Schanze*, NZG 2007, 681, 686.

²²⁷⁸ Vgl. Erwägung 6 (S. 8), Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU; zum Regelungsbereich der SPE-VO vgl. Kapitel 3 A. I. 1.

nicht nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang II in Betracht, sondern nur nach der EuInsVO bzw. allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen.²²⁷⁹

(i) Lücke im Unionsrecht

Nach hier vertretener Auffassung gilt nationales Recht auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO nur dann und insoweit, wie das Personalstatut der SPE lückenhaft ist.²²⁸⁰ Der SPE-VOE-HU enthält keine dem *fraudulent trading* und *wrongful trading* vergleichbaren Schutzmechanismen. Insofern tragen dieselben Argumente wie bei der Anwendung von Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung im SPE-Konzern deutscher Provenienz.²²⁸¹ Das Personalstatut der SPE ist lückenhaft.

Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Verordnungsregelungen²²⁸² nicht in Betracht. Die Lücke kann durch Anwendung des *fraudulent trading* und *wrongful trading* geschlossen werden, wenn dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Das *fraudulent trading* und *wrongful trading* widersprechen den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht, weil der Ordnungsgeber die Geschäftsleiterhaftung dem nationalen Recht anheimstellt.²²⁸³ Insofern tragen dieselben Argumente wie bei der Anwendung von Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung im SPE-Konzern deutscher Provenienz.²²⁸⁴

Die Anwendung der Haftungstatbestände wahrt das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot,²²⁸⁵ weil sie ebenso gelten wie im Hinblick auf die *directors* and *shareholders* einer nachgeordneten Limited. Fraglich ist aber, ob die Anwendung der Haftungstatbestände das Recht der deutschen Konzernmutter verletzt, nach Artt. 49, 54 AEUV eine Tochtergesellschaft zu gründen und zu leiten.²²⁸⁶ Die Haftungstatbestände sind prominenter Bestandteil des Geschäftsführer- und Gesellschafterhaftungsregimes, das ein einheitliches Ganzes aus gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Normen bildet. Daher hat eine mögliche Geltung der Haftungstatbestände Einfluss auf die Niederlassungsentscheidung von Unternehmen,²²⁸⁷ was die Ausübung der Niederlassungsfreiheit der Mutter-SPE unterbindet, behindert bzw. weniger attraktiv macht. Dieser marktzutrittshindernde Eingriff könnte allerdings nach dem *Gebhard*-Test gerechtfertigt sein. Unterliegen die Geschäftsführer und Gesellschafter der Tochter-SPE den Instituten des *fraudulent trading* und *wrongful trading*, ist dies gegenüber den *directors* und *shareholders* von Limiteds nicht diskriminierend. Mithin erfüllt die Anwendung des *fraudulent trading* und des *wrongful trading* die erste Voraussetzung des Vier-Konditionen-Tests. Zweitens ist die Anwendung des *fraudulent trading* und des *wrongful trading* aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten, weil die Haftungstatbe-

²²⁷⁹ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²²⁸⁰ Vgl. Kapitel 4 F.

²²⁸¹ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²²⁸² Vgl. Kapitel 4 D. II. 1.

²²⁸³ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 14a (S. 12), Art. 9 Abs. 2 lit. I.

²²⁸⁴ Vgl. unter vorstehend 1. a) (4) (b) (ii).

²²⁸⁵ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a), F.

²²⁸⁶ Vgl. Kapitel 4 F.

²²⁸⁷ A. A. in Bezug auf Auslandsgesellschaften *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 31.

stände dem Gläubigerschutz dienen. Drittens ist die Anwendung der Haftungstatbestände zur Erreichung des Gläubigerschutzes geeignet, indem sie entweder von Vermögensverschiebungen abschrecken oder erfolgte Vermögensverschiebungen ausgleichen. Viertens ist die Geltung des *fraudulent trading* und *wrongful trading* im SPE-Konzern auch verhältnismäßig im engeren Sinne, weil der SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthält. Insofern tragen dieselben Argumente wie bei der Anwendung von Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung im SPE-Konzern deutscher Provenienz.²²⁸⁸ Mithin ist die Anwendung der Haftungsinstitute im SPE-Konzern nach dem entsprechend anwendbaren Vier-Konditionen-Test des *EuGH* gerechtfertigt²²⁸⁹ und verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit der Mutter-SPE.²²⁹⁰ Die im SPE-VOE-HU bestehende Lücke kann durch Anwendung des *fraudulent trading* und *wrongful trading* geschlossen werden, weil dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(iii) Zwischenfazit: Fraudulent Trading und Wrongful Trading anwendbar

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die englischen Haftungstatbestände des *fraudulent trading* und *wrongful trading* im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern anwendbar sind.

(5) Anfechtungsrecht

(a) Inhalt und Qualifikation

Vermögensverschiebungen der englischen Limited zugunsten der Muttergesellschaft können angefochten werden. Zunächst besteht ein Anfechtungsrecht nach secc. 238 et seq. 423 IA 1986.²²⁹¹ Hierdurch werden Rückgewährungen von Gesellschafterdarlehen ebenso erfasst wie Auszahlungen aufsteigender Darlehen. Damit unterliegen auch Transaktionen im *cash pool* dem Risiko, dass Mittel anfechtungsbedingt an die Tochtergesellschaft zurückgezahlt werden müssen.

Außerhalb wie innerhalb der Insolvenz können nach sec. 423 IA 1983 gläubigerübervorteilende Transaktionen²²⁹² angefochten werden. Danach können benachteiligte Gläubiger bzw. der Insolvenzverwalter solche Rechtsgeschäfte anfechten, die ohne wertgleiche Gegenleistung und mit dem Motiv vorgenommen werden, Vermögenswerte dem Gläubigerzugriff zu entziehen.²²⁹³ Innerhalb der Insolvenz der Tochtergesellschaft kommen außerdem Anfechtungen nach secc. 238, 239 IA 1986 wegen inkongruenter und gläubigerbevorzugender Geschäfte in Betracht.²²⁹⁴ Danach kann der Insolvenzverwalter solche Rechtsgeschäfte anfechten, die die Tochtergesellschaft innerhalb von zwei Jahren vor ihrer Insolvenz mit einem *de facto directors, shadow directors* oder

²²⁸⁸ Vgl. unter vorstehend 1. a) (4).

²²⁸⁹ Zu § 64 S. 1 GmbHG in Bezug auf Auslandsgesellschaften ebenso *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 776 f.; zu § 15a InsO in Bezug auf Auslandsgesellschaften ebenso *Tzakas*, ZEuP 2011, 756, 776 f.; *Vallender*, ZGR 2006, 425, 441; *Albrecht*, ZInsO 2013, 1623, 1628; zum alten Recht *Reinhart*, in: MüKo-InsO, Art. 4 EulnsVO Rn. 8; *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 172; a. A. *Hirte/Mock*, ZIP 2005, 474, 476 ff.; *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 111 ff.

²²⁹⁰ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²²⁹¹ Dazu *von Thunen*, Directors' Duty, S. 73 ff.; zu sec. 432 IA 1986 *Schall*, DStR 2006, 1229, 1234; *Mosch*, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 233 ff.

²²⁹² *Transactions defrauding creditors*.

²²⁹³ Vgl. secc. 423 et seqq. IA 2006.

²²⁹⁴ *Transactions at an undervalue* bzw. *preferences*.

verbundenen Unternehmen getätigt hat. Die Verbundenheit der Geschäftspartner lässt widerleglich vermuten, dass die Transaktion die Insolvenz herbeigeführt oder vertieft hat. Im Falle der sec. 238 IA 1986 genügt es, wenn das Rechtsgeschäft ohne wertgleiche Gegenleistung vorgenommen wurde. Bei sec. 239 IA 1986 muss das Geschäft den Gläubiger in der Insolvenz besser stellen als er ohne das Geschäft stehen würde. Außerdem muss das Geschäft in der Absicht der Gläubigerbevorzugung vorgenommen worden sein, was allerdings bei Transaktionen zugunsten eines *de facto directors*, *shadow directors* oder verbundenen Unternehmens wiederum widerleglich vermutet wird.²²⁹⁵

Fraglich ist, wie die englischen Anfechtungstatbestände zu qualifizieren sind. Sie dienen unmittelbar der Vermögenssicherung zwecks gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung. Außerdem ist die Anfechtung²²⁹⁶ in Art. 4 Abs. 2 lit. m EulnsVO ausdrücklich genannt. Folglich sind die englischen Anfechtungsregelungen insolvenzrechtlicher Natur.

(b) Anwendbarkeit im SPE-Konzern

Fraglich ist, ob das englische Anfechtungsrecht im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern anwendbar ist. Indem die insolvenzrechtlichen Anfechtungsregelungen einem Bereich jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO entstammen,²²⁹⁷ gelten sie nicht nach Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU, sondern nur nach der EulnsVO bzw. allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen.²²⁹⁸

(i) Lücke im Unionsrecht

Nach hier vertretener Auffassung gilt nationales Recht auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO nur dann und insoweit, wie das Personalstatut der SPE lückenhaft ist.²²⁹⁹ Der SPE-VOE-HU enthält keine den englischen Anfechtungsregelungen vergleichbaren Schutzmechanismen. Das Personalstatut der SPE ist lückenhaft. Mangels vergleichbarer Normen im SPE-VOE kommt ein unionsrechtlicher Lückenschluss durch eine analoge Heranziehung von Verordnungsregelungen²³⁰⁰ nicht in Betracht. Die Lücke kann durch Anwendung des englischen Anfechtungsrechts geschlossen werden, wenn dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(ii) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Indem das englische Anfechtungsrecht dem Schutz nach Artt. 21, 22 SPE-VOE-HU nicht vergleichbar ist, sondern eine angemessene Ergänzung desselben darstellt, widerspricht es den übrigen Regelungen des SPE-VOE-HU und den Strukturprinzipien der SPE nicht. Seine Anwendung wahrt das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot,²³⁰¹ weil es ebenso gilt wie im Hinblick auf die *directors* and *shareholders* einer nachgeordneten Limited. Die

²²⁹⁵ Vgl. secc. 238, 239, 240, 241, 249, 435 IA 1986; von Thunen, *Directors' Duty*, S. 73 ff.

²²⁹⁶ Vgl. Mankowski, NZI 2010, 1004; Albrecht, ZInsO 2013, 1623, 1629; Eidenmüller, in: FS Canaris, S. 49, 67 ff.; Zahrte, ZInsO 2009, 223; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 168; vgl. auch Lüer, in: Uhlenbruck/InsO, Vorbem. EulnsVO Rn. 18; Kienle, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 102 ff.

²²⁹⁷ Vgl. Erwägung 6 (S. 8), Art. 41 Abs. 2 SPE-VOE-HU; zum Regelungsbereich der SPE-VO vgl. Kapitel 3 A. I. 1.

²²⁹⁸ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²²⁹⁹ Vgl. Kapitel 4 F.

²³⁰⁰ Vgl. Kapitel 4 D. II. 1.

²³⁰¹ Vgl. Kapitel 4 F. III.

Anwendung der Haftungstatbestände könnte aber das Recht der deutschen Konzernmutter verletzen, nach Artt. 49, 54 AEUV eine Tochtergesellschaft zu gründen und zu leiten.²³⁰² Durch die Geltung des englischen Anfechtungsrechts wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit der Mutter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht. Dieser marktzutrittshindernde Eingriff ist allerdings dem *Gebhard-Test* gerechtfertigt. Insofern tragen dieselben Erwägungen wie bei der Anwendung der Anfechtungstatbestände des *Rechts der Gesellschafterdarlehen* im deutschen SPE-Konzern.²³⁰³ Folglich kann die Lücke durch Anwendung des englischen Anfechtungsrechts geschlossen werden, weil dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(iii) Zwischenfazit: Ausländisches Anfechtungsrecht anwendbar

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das englische Anfechtungsrecht im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern anwendbar ist.

c) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag?

Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern ist der deutschen Mutter-SPE der Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit ihrer ausländischen Tochter-SPE verwehrt, wenn das ausländische Recht Unternehmensverträge nicht kennt.²³⁰⁴ Damit scheidet beispielsweise ein Beherrschungsvertrag einer deutschen Mutter-SPE mit einer englischen Tochter-SPE aus. Folglich erübrigen sich auch Überlegungen dazu, wie es in diesem Fall um den Existenz- und Liquiditätsschutz bestellt sein könnte.

d) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern richtet sich die Geschäftsführerhaftung umfänglich nach englischem Recht. Geschäftsführer der englischen Tochter-SPE und ggf. auch die deutsche Mutter-SPE müssen eine Inanspruchnahme nach den mannigfaltigen Tatbeständen *statute and common law* fürchten, flankiert durch eine mögliche *piercing the veil* Haftung der Mutter-SPE.

In Auslegung des SPE-VOE-HU können die Gesellschafter kraft Satzungsunionsrecht Weisungsrechte vereinbaren, die Tochter-SPE aber nicht auf ein Konzerninteresse ausrichten.²³⁰⁵ Fraglich ist also, ob sich der Existenz- und Liquiditätsschutz im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern ändert, wenn durch die Satzung der englischen Tochter-SPE unionsrechtlich die Organisationsverfassung geändert und ein Weisungsrecht installiert wird. Möglicherweise hat das Satzungsunionsrecht Auswirkungen auf die Geltung der *duties to promote the success of the company and to exercise independent judgement*. Denn hiernach müssen die Geschäftsleiter der Tochter-SPE das Wohl der Gesellschaft fördern und dabei Rücksicht auf die Gläubigerinteressen nehmen sowie

²³⁰² Vgl. Kapitel 4 F.

²³⁰³ Dazu unter vorstehend 1. a).

²³⁰⁴ Allgemein, aber unklar *Kneisel*, SPE im Konzern, S. 103; für Auslandsgesellschaften wie hier *Kindler*, in: MüKo-BGB, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 774 ff., 787; *Spahlinger/Wegen*, in: Int. Gesellschaftsrecht, Rn. 372; *Lohn*, Unternehmensverträge, S. 281, für den umgekehrten Fall S. 278 ff.; *Hirte*, in: GK-AktG, § 308 Rn. 77; *Leible*, in: Michalski/GmbHG, Systemat. Darstellung Int. Gesellschaftsrecht Rn. 223; *Veil*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 291 ff. Rn. 50, § 291 Rn. 5; für die SE *Paefgen*, in: KK-AktG, Schlussanh. II Rn. 94; für Auslandsgesellschaften a. A. *Altmeppen/Ego*, in: MüKo-AktG, Europ. Niederlassungsfreiheit Rn. 453 ff.; *Schall*, in: Spindler/Stilz/AktG, Vorbem. §§ 15 ff. Rn. 35 f., 37 f. (mit Fn. 148); vgl. auch *Lächler*, SE-Konzernrecht, S. 205 f. m. w. N.

²³⁰⁵ Vgl. Kapitel 5 C. V., Kapitel 6 D. IV. 4.

unabhängig urteilen.²³⁰⁶ Ein unionsrechtliches Weisungsrecht hat allerdings keine Auswirkungen darauf, ob und inwieweit SPE-Geschäftsleiter Gesellschafts- bzw. Konzerninteressen berücksichtigen dürfen oder müssen.²³⁰⁷ Aus diesem Grund gilt die *duty to promote the success of the company* im SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht ebenso wie im SPE-Konzern ohne Satzungsunionsrecht. Dagegen könnte die *duty to exercise independent judgement* gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU ausgeschlossen sein, wenn die Satzung der englischen Tochter-SPE die Organisationsverfassung und Weisungsrechte unionsrechtlich regelt. Allerdings gewährt der Unionsgesetzgeber die Gestaltungsfreiheit nur vorbehaltlich eines angemessenen Gläubiger- und Minderheitenschutzes.²³⁰⁸ Wären auch schutzrechtliche Aspekte vom Regelungsbereich des Regelungsauftrags erfasst, würde der Unionsgesetzgeber dem Satzungsgeber möglicherweise anheimstellen, Schutzinstrumente selbst zu regeln. Das erscheint nicht prinzipiell ausgeschlossen, doch lässt der SPE-VOE-HU jegliche Anhaltspunkte dazu vermissen, welchen Anforderungen privatautonome Schutzinstrumente genügen müssen. Umgekehrt ist angesichts der umfangreichen anderweitigen Gläubiger-²³⁰⁹ und Minderheitenschutzregelungen²³¹⁰ im SPE-VOE-HU nicht davon auszugehen, der Unionsgesetzgeber wolle in einem derart sensiblen Bereich wie demjenigen der Organhaftung auf Schutzinstrumente verzichten, zumal er die Organhaftung ohnehin nationalem Recht überantwortet. Aus diesen Gründen kann Satzungsunionsrecht die Anwendung der *duty to exercise independent judgement* nicht gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU sperren.

Folglich ändert sich der Existenz- und Liquiditätsschutz im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern nicht, wenn durch die Satzung der englischen Tochter-SPE unionsrechtlich die Organisationsverfassung geändert und ein Weisungsrecht installiert wird.

e) **Zwischenfazit: Existenz- und Liquiditätsschutz im transnationalen SPE-Konzern ohne Sitzaufspaltung**

²³⁰⁶ Vgl. unter vorstehend b) (3).

²³⁰⁷ Vgl. Kapitel 5 A., C. II. 2., Kapitel 6 B.

²³⁰⁸ Vgl. Kapitel 6 D. I.

²³⁰⁹ Vgl. Vgl. SPE-VOE-HU Erwägungen 7a und 15 (S. 9, 12), Art. 37 (grenzüberschreitende Sitzverlegung); Erwägung 8 (S. 10), Artt. 10, 12 (Registereintragung); Erwägung 11, Artt. 2 Abs. 1 lit. c, 11 Abs. 2 lit. d, 21, 22, 28 Abs. 1 lit. e, Abs. 6, Anhang I Nr. 6 (Ausschüttungen); Erwägung 12 (S. 11), Artt. 24, 28 Abs. 1 lit. h, Abs. 6, Anhang I Nr. 20 (Kapitalherabsetzungen); Erwägung 14a (S. 12; *financial assistance*); Artt. 3 Abs. 1, 11 Abs. 2 lit. c, 15 Abs. 1a lit. e, f, Abs. 6, 16 Abs. 3, 19, 20, Anhang I Nrn. 4 und 5 (Stammkapital und Einlagen); Art. 5b Abs. 4 lit. f, Abs. 5, Abs. 7, Abs. 9, Art. 9 Abs. 2 lit. m (Umwandlungsgründung); Erwägung 7 (S. 9), Artt. 5 lit. c, 9 Abs. 2 lit. ma (Verschmelzungsgründung); Artt. 23, 28 Abs. 1 lit. f, Abs. 6, Anhang I Nr. 7 (eigene Geschäftsanteile); Art. 26 Abs. 1 (Jahresabschlüsse); Art. 28 Abs. 1 lit. g, Anhang I Nr. 8 (Kapitalerhöhungen); Erwägung 6 (S. 8), Artt. 36 Abs. 2, 41 Abs. 2 (Insolvenz); Art. 15 Abs. 6 (Gesellschafterverzeichnis).

²³¹⁰ Vgl. SPE-VOE-HU Erwägung 13 (S. 12; Minderheitenschutz durch Satzungsregelungen, qualifizierte Mehrheitserfordernisse und Gleichbehandlungsgrundsatz); Erwägung 7 (S. 9), Art. 5b Abs. 4 lit. f, 5, 7-9 und Art. 9 Abs. 2 lit. m (Umwandlungsgründung); Erwägung 7 (S. 9), Art. 9 Abs. 2 lit. m und ma (Verschmelzungsgründung); Erwägungen 7a und 15 (S. 9, 12), Art. 37 Abs. 1 lit. fa, 2, 3, 5 (grenzüberschreitende Sitzverlegung); Erwägung 8 (S. 10), Art. 10 (Registereintragung); Erwägung 14a (S. 12; Ausschluss und Ausscheiden); Art. 14 Abs. 3 (Änderungen bei Sonderrechten und -pflichten); Art. 15 (Gesellschafterverzeichnis); Art. 16 Abs. 2 (Vinkulierungen); Artt. 23 Abs. 3, 28 Abs. 1 lit. f, Abs. 6, Anhang I Nr. 7 (eigene Geschäftsanteile); Art. 28 Abs. 2, Anhang I Nr. 10 (qualifizierte Mehrheitserfordernisse); Artt. 28 Abs. 3, 29, Anhang I Nrn. 12, 15 und 21 (Information); Artt. 14 Abs. 3, 28 Abs. 4 (Beschlussmängel); Art. 30, Anhang I Nrn. 22 und 23 (Beschlussbeantragung und Einberufung der Gesellschafterversammlung); Anhang I Nr. 9 (Beschlussverfahren); Anhang I Nr. 10 (zusätzliche Beschlussgegenstände).

Soweit der Existenz- und Liquiditätsschutz nationalem Recht unterliegt, richtet er sich im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern nach dem am Satzungs- und Verwaltungssitz der Tochter-SPE geltenden englischen Recht. Je nachdem, ob man die entsprechenden Tatbestände als gesellschafts- oder insolvenzrechtlich qualifiziert, ergibt sich das aus Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU, der an den Sitzungssitz der Tochter-SPE anknüpft, sowie aus der EuInsVO bzw. allgemeinen internationalprivatrechtlichen Grundsätzen, die an den *COMI*, also ebenfalls den Verwaltungssitz der Tochter-SPE, anknüpfen. Indem nach hier vertretener Auffassung keiner der untersuchten Tatbestände als deliktsrechtlich zu qualifizieren ist, scheidet eine Anknüpfung am Erfolgsort aus. Für das Konzernverhältnis und den konzernrechtlichen Schutz auf Ebene der Tochter-SPE gilt im Wege eines SPE-spezifischen *wertenden Sachnormverweises*²³¹¹ gemäß Art. 4 Abs. 2 und 3 SPE-VOE-HU das durch englisches Recht durchfärbte Personalstatut der Tochter-SPE.

Domiziliert die Tochter in England, haften die Geschäftsführer wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen *directors' duties for the benefit of creditors, to promote the success of the company and to exercise independent judgement*, während die Gesellschafter einer Inanspruchnahme nach der gesellschaftsrechtlichen *lifting the corporate veil*-Doktrin unterliegen. Außerdem gelten die insolvenzrechtlichen Geschäftsleiterhaftungstatbestände des *fraudulent trading* und *wrongful trading* sowie das als insolvenzrechtlich zu qualifizierende englische Anfechtungsrecht. Qualifiziert man die deutsche Mutter-SPE als *shadow director* der Tochter-SPE, unterliegt sie zusätzlich dem Risiko, wegen einer Verletzung der englischen *directors' duties for the benefit of creditors* in Anspruch genommen zu werden.²³¹² Diese mögliche Inanspruchnahme wegen einer Verletzung der *directors' duties for the benefit of creditors* mindert die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern erheblich. Denn die Konturen der Haftung können auch nach einem intensiven Studium des englischen Rechts nicht klar gezogen werden, sofern die deutschen Stabsabteilungen im transnationalen SPE-Konzern überhaupt über die Ressourcen für eine intensive Befassung mit dem ausländischen Recht verfügen.

Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern ist der deutschen Mutter-SPE der Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit ihrer ausländischen Tochter-SPE verwehrt, wenn das ausländische Recht Unternehmensverträge nicht kennt. Damit scheidet beispielsweise ein Beherrschungsvertrag einer deutschen Mutter-SPE mit einer englischen Tochter-SPE aus. Folglich erübrigen sich auch Überlegungen dazu, wie es in diesem Fall um den Existenz- und Liquiditätsschutz bestellt sein könnte.

Der Existenz- und Liquiditätsschutz ändert sich nicht, wenn durch die Satzung der englischen Tochter-SPE unionsrechtlich die Organisationsverfassung geändert und ein Weisungsrecht installiert wird. Gleich ob *isolierte* Weisungsrechte nach Satzungsunionsrecht bestehen oder nicht, können die Mutter-SPE und deren Organmitglieder sowie die Organmitglieder der Tochter-SPE bei Pflichtverletzungen ggf. als *shadow director* bzw. nach sec. 172 (1) CA 2006 in Anspruch genommen werden.²³¹³ Im Hinblick auf die Konzernfinanzierung ist insgesamt anzuraten, penibel auf die vereinbarten Darlehens- bzw. *cash pooling*-Konditionen zu achten.

²³¹¹ Zur Herleitung vgl. Kapitel 4 E. III.

²³¹² Vgl. *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 174; *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 250; *Rehm*, in: Eidenmüller/Ausl. Kapitalgesellschaften, § 10 Rn. 70; *Schall*, DStR 2006, 1229 ff.; *ders.*, ZIP 2005, 965, 968, 973; *von Thunen*, *Directors' Duty*, S. 123 ff., 138 ff., 151 ff., 187 ff., 266 ff.; *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 199 ff.

²³¹³ Zum deutsch-englischen SPE-Konzern vgl. bereits Kapitel 7 B. III. 4. d).

3. Transnationaler SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung

a) Anknüpfung des nationalen Rechts

Soweit der Existenz- und Liquiditätsschutz nationalem Recht unterliegt, richtet er sich im sitzaufgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern teils nach deutschem und teils nach englischem Recht.

Sofern der Existenz- und Liquiditätsschutz gesellschaftsrechtlicher Natur ist, gilt deutsches Recht, weil Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU an den deutschen Satzungssitz der Tochter-SPE anknüpft.²³¹⁴ Sofern er als insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist, gilt englisches Recht, weil die EuInsVO bzw. allgemeine internationalprivatrechtliche Grundsätze an den *COMI*, also den englischen Verwaltungssitz der Tochter-SPE anknüpfen.²³¹⁵ Sofern es sich um deliktsrechtliche Existenz- und Liquiditätsschutztatbestände handelt, gilt ebenfalls englisches Recht, weil Artt. 4 Abs. 1, 23 Rom-II-VO am Erfolgsort und damit am englischen Verwaltungssitz der Tochter-SPE anknüpfen.²³¹⁶ Für das Konzernverhältnis und den konzernrechtlichen Schutz auf Ebene der Tochter-SPE gilt im Wege eines SPE-spezifischen *wertenden Sachnormverweises*²³¹⁷ gemäß Art. 4 Abs. 2 und 3 SPE-VOE-HU das durch deutsches Recht durchfärbte Personalstatut der Tochter-SPE.

b) SPE-Konzern ohne Unternehmensvertrag

(1) Schädigungsverbot

(a) Anwendbarkeit im Vergleich zu den *Directors' Duties for the Benefit of Creditors*

Das treuepflichtbasierte Schädigungsverbot gilt gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU ebenso wie im rein nationalen SPE-Konzern, sofern nicht alle Gesellschafter einvernehmlich handeln oder die Konzerntochter nicht ohnehin eine hundertprozentige Tochtergesellschaft ist.²³¹⁸ Zusätzlich könnten allerdings die Geschäftsleiter der Tochter-SPE und die Mutter-SPE Gefahr laufen, wegen Verletzung der englischen *directors' duties for the benefit of creditors* in Anspruch genommen zu werden. Dieses schwer greifbare Haftungsinstitut ist gesellschaftsrechtlicher Natur und knüpft damit über Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU an den Satzungssitz der Tochter-SPE an.²³¹⁹ Folglich gilt es im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern, wenn und weil die Tochter-SPE ihren Satzungssitz in England unterhält. Die Sitzaufspaltung und Konzentration sämtlicher Satzungssitze bei der deutschen Konzernspitze entzieht dem Haftungsinstitut mit dem Anknüpfungsmoment seinen Geltungsanspruch. Mithin haften die Geschäftsleiter der Tochter-SPE und die Mutter-SPE anders als im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern nicht aus den englischen *directors' duties for the benefit of creditors*.

(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

²³¹⁴ Vgl. allgemein Kapitel 3 A. I. 1.

²³¹⁵ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²³¹⁶ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²³¹⁷ Zur Herleitung vgl. Kapitel 4 E. III. 2. b) (5).

²³¹⁸ Dazu unter vorstehend 1. a).

²³¹⁹ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1.

Fraglich ist aber, ob die Anwendung des deutschen Schädigungsverbots mit der Niederlassungsfreiheit²³²⁰ vereinbar ist. Im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern gilt die Niederlassungsfreiheit für Tochter- und Mutter-SPE nach umstrittener Auffassung auch bei anfänglicher Sitzaufspaltung.²³²¹ Durch die Geltung des schadenersatzbewehrten Schädigungsverbots wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zwar nicht der Tochter-SPE, aber der Mutter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht. Dieser marktzutrittshindernde Eingriff ist nur dann gestattet, wenn er nach dem *Gebhard*-Test gerechtfertigt ist. Da der Haftungstatbestand ebenso gilt wie bei einer nachgeordneten GmbH, ist seine Anwendung nicht diskriminierend und wahrt das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot.²³²² Indem das Schädigungsverbot dem Gläubigerschutz dient, ist seine Anwendung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten. Indem der Haftungstatbestand abschreckend bzw. ausgleichend wirkt und der SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutzmechanismen vorhält,²³²³ ist seine Anwendung zur Erreichung des Gläubigerschutzes auch geeignet und verhältnismäßig im engeren Sinne. Mithin besteht das Schädigungsverbot den *Gebhard*-Test und verletzt die Niederlassungsfreiheit der deutschen Mutter-SPE nicht. Folglich widerspricht es dem Unionsrecht nicht, im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern das deutsche Schädigungsverbot lückenschließend anzuwenden.

(2) Existenzvernichtungshaftung

(a) Anwendbarkeit im Vergleich zur Piercing the veil-Doktrin

Die *Trihotel*-Doktrin gilt aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation²³²⁴ im sitzaufgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern ebenso wie im rein deutschen SPE-Konzern. Demgegenüber findet die ebenfalls als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende *piercing the veil*-Durchgriffshaftung nach englischem Recht²³²⁵ anders als im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern keine Anwendung.²³²⁶

(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

Fraglich ist aber, ob die Anwendung des deutschen Schädigungsverbots mit der Niederlassungsfreiheit²³²⁷ vereinbar ist. Durch die Geltung der Existenzvernichtungshaftung wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zwar nicht der Tochter-SPE, aber der Mutter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht. Dieser marktzutrittshindernde Eingriff ist allerdings nach dem *Gebhard*-Test gerechtfertigt, weil die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung nicht diskriminierend ist und dem Gläubigerschutz dient, wobei der SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthält.²³²⁸ Mithin ist es mit dem Unionsrecht vereinbar, im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern das deutsche Schädigungsverbot lückenschließend anzuwenden.

²³²⁰ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²³²¹ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b) (3).

²³²² Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. a).

²³²³ Vgl. unter vorstehend 1. a) (1) (b).

²³²⁴ Vgl. unter vorstehend 1. a).

²³²⁵ *Lifting* bzw. *piercing the veil*.

²³²⁶ Dazu unter vorstehend 2.

²³²⁷ Vgl. Kapitel 4 E. IV. 2. b).

²³²⁸ Vgl. unter vorstehend 1. a) (2) (b) (i).

(3) Insolvenzverursachungshaftung

(a) Anwendbarkeit im Vergleich zu den englischen Directors' Duties

Im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern laufen die Geschäftsleiter der Tochter-SPE eigentlich nicht Gefahr, nach § 64 S. 3 GmbHG persönlich wegen Insolvenzverursachung in Anspruch genommen zu werden. Der Tatbestand ist nämlich als insolvenzrechtlich zu qualifizieren²³²⁹ und knüpft damit an das englische *COMI* der Tochter-SPE an.²³³⁰ Allerdings ist fraglich, ob anstelle der Insolvenzverursachungshaftung entsprechende englische Haftungstatbestände eingreifen. Die *duties to promote the success of the company and to exercise independent judgement* sind als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren²³³¹ und gelten daher für die Tochter-SPE mit deutschem Satzungssitz nicht. In Betracht kommt allenfalls, die insolvenzrechtliche²³³² und damit am englischen Geschäftssitz der Tochter-SPE geltende²³³³ *wrongful trading*-Haftung als der Insolvenzverursachungshaftung äquivalenten Haftungstatbestand einzustufen. Tut man das nicht, herrscht internationalprivatrechtlich ein Normenmangel, der durch die ausnahmsweise Geltung der deutschen Insolvenzverursachungshaftung behoben werden kann.²³³⁴ Vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit²³³⁵ wäre das als unbedenklich anzusehen. Insofern besteht im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern ebenso wie bei Auslandsgesellschaften des nationalen Rechts die Rechtsunsicherheit, ob die Geschäftsleiter der Tochter-SPE gemäß § 64 S. 3 GmbHG haften.

(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

Die Anwendung der deutschen Insolvenzverursachungshaftung könnte aber gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.²³³⁶ Durch die Geltung des § 64 S. 3 GmbHG wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zwar nicht der Mutter-SPE, aber der Tochter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht.²³³⁷ Dieser marktzutrittshindernde Eingriff ist allerdings nach dem *Gebhard*-Test gerechtfertigt, weil die Anwendung der Insolvenzverursachungshaftung nicht diskriminierend ist und dem Gläubigerschutz dient, wobei der SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthält.²³³⁸ Folglich verstößt es nicht gegen das Unionsrecht, im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern den deutschen § 64 S. 3 GmbHG lückenschließend anzuwenden.

(4) Fraudulent Trading und Wrongful Trading

(a) Anwendbarkeit im Vergleich zum Zahlungsverbot und zur Insolvenverschleppungshaftung

²³²⁹ Dazu unter vorstehend 1. a).

²³³⁰ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²³³¹ Vgl. unter vorstehend 2.

²³³² Vgl. unter vorstehend 2.

²³³³ Vgl. unter vorstehend 2.

²³³⁴ Dazu z. B. *Kienle*, in: Süß/Wachter/Int. GmbH-Recht, § 3 Rn. 31, 85 f.; *Eidenmüller*, in: ders./Ausl. Kapitalgesellschaften, § 3 Rn. 71 f.

²³³⁵ Vgl. Kapitel 4 F.

²³³⁶ Vgl. Kapitel 4 F.

²³³⁷ A. A. in Bezug auf Auslandsgesellschaften *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 31.

²³³⁸ Vgl. unter vorstehend 1. a) (3) (b) (i).

Im deutschen SPE-Konzern haften die Geschäftsleiter der Tochter-SPE bei Verstößen gegen das deutsche Zahlungsverbot nach § 64 S. 1 und 2 GmbHG. Außerdem gehen die Geschäftsleiter der Tochter-SPE sowie die Gesellschafter und deren Geschäftsführer das Risiko ein, zivil- bzw. strafrechtlich wegen einer Insolvenzverschleppung deutschen Rechts in Anspruch genommen zu werden. Aufgrund des unabhängig von der Sitzaufspaltung ausländischen *COMI* der Tochter-SPE²³³⁹ gelten diese insolvenzrechtlichen Haftungstatbestände²³⁴⁰ im transnationalen SPE-Konzern nicht.

Allerdings könnten die Geschäftsleiter einer englischen Tochter-SPE und die Mutter-SPE als deren *de facto director* bzw. *shadow director* im sitzaufgespaltenen ebenso wie im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern Gefahr laufen, wegen *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading* in Anspruch genommen zu werden. Dafür spricht, dass die Haftungsinstitute als insolvenzrechtlich zu qualifizieren sind²³⁴¹ und daher an den englischen Verwaltungssitz bzw. *COMI* der Tochter-SPE anknüpfen.²³⁴² Es ist auch sachgerecht, auf das Recht desjenigen Staates abzustellen, dessen Gerichte für die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens international zuständig wären, wenn ein Insolvenzantrag gestellt würde.²³⁴³ Aus dieser Sicht ist das Ergebnis auch niederlassungsrechtlich²³⁴⁴ unbedenklich. Besondere Schwierigkeiten im Vergleich zum nationalen und zum sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern bestehen jedoch deshalb, weil zusätzlich zum *wrongful trading* das gesellschaftsrechtliche Schädigungsverbot gilt.²³⁴⁵ Im Interesse der vom Ordnungsgeber intendierten unionsweiten Einheitlichkeit im SPE-Konzern sprechen gute Gründe dafür, dass das gesellschaftsrechtliche Schädigungsverbot die insolvenzrechtliche *wrongful trading*-Haftung verdrängt, sofern es um die etwaige Haftung der Mutter-SPE als *shadow director* geht.²³⁴⁶

Folglich können die Geschäftsleiter einer englischen Tochter-SPE im sitzaufgespaltenen ebenso wie im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern wegen *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading* in Anspruch genommen werden.²³⁴⁷ Die deutsche Mutter-SPE haftet dagegen anders als bei Sitzkoppelung nicht als *de facto director* oder *shadow director* der Tochter-SPE wegen *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading*, sondern nach dem deutschen Schädigungsverbot.

(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

Fraglich ist aber, ob die Anwendung des *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading* in mit der Niederlassungsfreiheit²³⁴⁸ vereinbar ist. Durch die Geltung der Haftungstatbestände wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zwar nicht der Mutter-SPE, aber der Tochter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht.²³⁴⁹

²³³⁹ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²³⁴⁰ Vgl. unter vorstehend 1. a) (4).

²³⁴¹ Vgl. unter vorstehend 2.

²³⁴² Vgl. allgemein Kapitel 3 A. I. 1. d).

²³⁴³ Ebenso für die GmbH *Vallender*, in: Schmidt/Uhlenbruck/GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 12.75.

²³⁴⁴ Vgl. Kapitel 4 F.

²³⁴⁵ Vgl. unter vorstehend 1. a) und 2.

²³⁴⁶ A. A. für die sitzaufgespaltene GmbH *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 214 f.

²³⁴⁷ Vgl. secc. 213, 214 IA 1986, sec. 993 CA 2006; für die GmbH *Vallender*, in: Schmidt/Uhlenbruck/GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 12.67; 12.75; *Bußhardt*, in: Braun/InsO, § 15a Rn. 21.

²³⁴⁸ Vgl. Kapitel 4 F.

²³⁴⁹ A. A. in Bezug auf Auslandsgesellschaften *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 31.

Dieser marktzutrittshindernde Eingriff ist allerdings nach dem *Gebhard*-Test gerechtfertigt, weil die Anwendung des *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading* nicht diskriminierend ist und dem Gläubigerschutz dient, wobei der SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthält.²³⁵⁰ Mithin ist es mit dem Unionsrecht vereinbar, im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern das englische des *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading* lückenschließend anzuwenden.

(5) Anfechtungsrecht

(a) Anwendbarkeit im Vergleich zum Recht der Gesellschafterdarlehen

Sowohl das deutsche *Recht der Gesellschafterdarlehen* als auch das englische Anfechtungsrecht sind als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.²³⁵¹ Daher knüpfen sie nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 EulnsVO jeweils an den *COMI* und nicht an den Satzungssitz der Tochter-SPE an.²³⁵² Mit dem Verwaltungssitz liegt aber auch der *COMI* der Tochter-SPE in England. Folglich scheidet die Anwendung des deutschen *Rechts der Gesellschafterdarlehen* aus. Vielmehr besteht im deutsch-englischen SPE-Konzern unabhängig von der Sitzaufspaltung das Risiko, dass Rückgewährungen von Gesellschafterdarlehen, Auszahlungen aufsteigender Darlehen bzw. Transaktionen im *cash pool* nach secc. 238 et seq., 423 IA 1986 angefochten werden und an die Tochter-SPE zurückgewährt werden müssen.²³⁵³ Die Geltung des englischen Anfechtungsrechts ist nach den Maßstäben des Vier-Konditionen-Tests des *EuGH* gerechtfertigt.²³⁵⁴ Mithin steigert die Sitzaufspaltung im deutsch-englischen SPE-Konzern im Hinblick auf die Anfechtung von Konzernfinanzierungsmaßnahmen die Effizienz nicht. Indem die ausländischen Anfechtungstatbestände dem deutschen Recht zwar ähnlich sind, aber im Detail aber erhebliche Unterschiede zum deutschen Recht aufweisen, mindert der Grenzübertritt die Effizienz im Konzern erheblich.

(b) Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

Die Anwendung des englischen Anfechtungsrechts könnte aber gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.²³⁵⁵ Durch die Geltung des Anfechtungsrechts wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit der Mutter- und Tochter-SPE unterbunden, behindert bzw. weniger attraktiv gemacht.²³⁵⁶ Dieser marktzutrittshindernde Eingriff ist allerdings nach dem *Gebhard*-Test gerechtfertigt, weil die Anwendung der Anfechtungsregelungen nicht diskriminierend ist und dem Gläubigerschutz dient, wobei der SPE-VOE-HU keine vergleichbaren Schutzmechanismen enthält.²³⁵⁷ Folglich verstößt es nicht gegen das Unionsrecht, im sitzgespaltenen transnationalen SPE-Konzern das englische Anfechtungsrecht lückenschließend anzuwenden.

c) SPE-Konzern mit Unternehmensvertrag

²³⁵⁰ Vgl. unter vorstehend 2. b) (4) (b) (ii).

²³⁵¹ Vgl. unter vorstehend 1. a) (5) und 2. a) (4) (a).

²³⁵² Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. d).

²³⁵³ Vgl. unter vorstehend 2.

²³⁵⁴ Vgl. Kapitel 4 E., F.

²³⁵⁵ Vgl. Kapitel 4 F.

²³⁵⁶ A. A. in Bezug auf die Anwendung des deutschen Rechts für Gesellschafterdarlehen auf Auslandsgesellschaften *Haas*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG, § 64 Rn. 31.

²³⁵⁷ Vgl. unter vorstehend 2. b) (5) (b).

Die Sitzaufspaltung mit Sitzkonzentration in Deutschland ist für transnationale Unternehmen vorteilhaft, weil sie wie im rein deutschen SPE-Konzern einen Vertragskonzern bilden können. Eine deutsche Mutter-SPE kann mit einer englischen Tochter-SPE einen Beherrschungsvertrag abschließen, obwohl das englische Recht Unternehmensverträge nicht kennt.²³⁵⁸ Trotz und gerade wegen der automatischen Beendigung des Beherrschungsvertrages im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens²³⁵⁹ spielen Fragen des Existenz- und Liquiditätsschutzes auch bei der Entscheidung für oder gegen einen SPE-Vertragskonzern eine Rolle.²³⁶⁰

Fraglich ist allerdings, ob dies auch bei der Effizienzsteigerung mithilfe der Sitzaufspaltung der Fall ist. Der Existenz- und Liquiditätsschutz entspricht im deutschen SPE-Vertragskonzern weitestgehend der im faktischen SPE-Konzern herrschenden Rechtslage. Bilden die Unternehmen einen transnationalen SPE-Vertragskonzern, verdrängt der Unternehmensvertrag im Vergleich zum sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern die mögliche Haftung aus einer Verletzung der *directors' duties for the benefit of creditors and to promote the success of the company* und setzt an ihre Stelle die aus dem deutschen SPE-Konzern bekannte Haftung aus § 302 AktG analog.²³⁶¹ Anstelle der englischen Durchgriffshaftung gilt die deutsche Existenzvernichtungshaftung.²³⁶² Der Abschluss des Unternehmensvertrages hat demgegenüber keine Auswirkungen auf insolvenzrechtliche Tatbestände, sodass ebenso wie im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern die englischen Tatbestände *fraudulent trading*, *des wrongful trading* und der Insolvenzanfechtung gelten.²³⁶³ Niederlassungsrechtlich bestehen keine Bedenken.²³⁶⁴ Mithin ändert der Abschluss eines Beherrschungsvertrages im sitzaufgespaltenen ebenso wie im nationalen SPE-Konzern die Rechtslage im Vergleich zum faktischen SPE-Konzern kaum.²³⁶⁵ Der Existenz- und Liquiditätsschutz gibt bei der Effizienzsteigerung mithilfe der Sitzaufspaltung im SPE-Vertragskonzern keinen wesentlichen Ausschlag.

d) SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht

Im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern macht es für die Geschäftsführer- und Gesellschafterhaftung keinen Unterschied, ob die Unternehmen einen SPE-Konzern mit oder ohne Satzungsunionsrecht bilden.²³⁶⁶ Die Sitzaufspaltung ändert daran nichts. Denn keiner der untersuchten und zur Anwendung kommenden Haftungstatbestände ist mit der Organisationsverfassung bzw. Weisungsrechten verknüpft. Mit Hinblick auf den Existenz- und Liquiditätsschutz kommt es also nicht darauf an, ob und inwieweit die Gesellschafter mithilfe von Satzungsunionsrecht gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU aussperren.

e) Zwischenfazit: Existenz- und Liquiditätsschutz im transnationalen SPE-Konzern mit Sitzaufspaltung

Im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern gilt ebenso wie im rein nationalen SPE-Konzern das treue-

²³⁵⁸ Vgl. Kapitel 7 B. III. 3.

²³⁵⁹ So die h. M., vgl. *Ehricke*, in: MÜKo-InsO, Anh. Int. Konzerninsolvenzrecht Rn. 39 ff., 86.

²³⁶⁰ Vgl. unter vorstehend 1., 2.

²³⁶¹ Vgl. unter vorstehend 1., 2.

²³⁶² Vgl. unter vorstehend 1., 2.

²³⁶³ Vgl. unter vorstehend 1., 2.

²³⁶⁴ Vgl. unter vorstehend 2.

²³⁶⁵ Vgl. unter vorstehend 1., 2.

²³⁶⁶ Vgl. unter soeben c).

pflichtbasierte, verzichtbare Schädigungsverbot. Anders als im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern besteht keine Gefahr, nach der englischen *directors' duties for the benefit of creditors* in Anspruch genommen zu werden. Im Hinblick auf die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG unterliegt die SPE wegen etwaiger Normenmängel denselben Rechtsunsicherheiten wie Auslandsgesellschaften des nationalen Rechts. Die *Trihotel*-Doktrin tritt aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation im sitzaufgespaltenen transnationalen SPE-Konzern an die Stelle der ebenfalls als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden, im sitzgekoppelten SPE-Konzern geltenden Durchgriffshaftung nach englischem Recht. Ebenso wie im sitzgekoppelten transnationalen SPE-Konzern besteht aber die Gefahr einer Haftung wegen *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading*. Die Sitzaufspaltung bringt im transnationalen SPE-Konzern auch insofern keine Vorteile, wie es um die als insolvenzrechtlich zu qualifizierende Anfechtung von Konzernfinanzierungsmaßnahmen geht. Ebenso wie im rein nationalen SPE-Konzern besteht analog §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 3 AktG ein Klagerecht der Gläubiger, weil diese Haftungstatbestände als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sind. Sofern man auf die Niederlassungsfreiheit der Konzern-Mutter abstellt, ist diese durch die Ergänzung des SPE-Statuts durch das nationale Recht des Domizilstaates nicht verletzt.

Alternativ kann wie im rein deutschen SPE-Konzern ein Vertragskonzern gebildet werden. Trotz und gerade wegen der automatischen Beendigung des Beherrschungsvertrages im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, spielen Fragen des Existenz- und Liquiditätsschutzes auch bei der Entscheidung für oder gegen einen SPE-Vertragskonzern eine Rolle. Ebenso wie im sitzgekoppelten transnationalen macht es für die Geschäftsführer- und Gesellschafterhaftung im sitzaufgespaltenen SPE-Konzern keinen Unterschied, ob die Unternehmen einen SPE-Konzern mit oder ohne Satzungsunionsrecht bilden.

Was effizienzsteigernde *isolierte* Weisungsrechte im Rahmen der Konzernfinanzierung anbelangt, erweisen sich der faktische SPE-Konzern, der SPE-Vertragskonzern und der SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht im sitzaufgespaltenen ebenso wie im rein deutschen Sachverhalt als gleichwertige Alternativen. Die Gesellschafterversammlung darf die Tochter-SPEs in allen drei Fällen zur Gewährung von aufsteigenden Darlehen, zum Anschluss an einen *cash pool* und zu anderen Maßnahmen anweisen, und zwar entweder erstens gemäß Art. 4 Abs. 3 SPE-VOE-HU i. V. m. § 37 GmbHG oder zweitens analog §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 AktG oder drittens gemäß Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU i. V. m. VOE-HU-Anhang I Nr. 9 und 10 bzw. Art. 8 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE-HU i. V. m. einem allgemeinen Weisungsrecht in der Satzung der Tochter-SPE. Gleich ob *isolierte* Weisungsrechte auf § 37 GmbHG oder Satzungsunionsrecht beruhen, können die Mutter-SPE und deren Organmitglieder sowie die Organmitglieder der Tochter-SPE bei Pflichtverletzungen gemäß §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 3 AktG bzw. § 43 GmbHG in Anspruch genommen werden.

Was eine effizienzsteigernde Konzernausrichtung im Rahmen der Konzernfinanzierung anbelangt, ist dagegen der SPE-Vertragskonzern das Mittel der Wahl, weil er analog §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 AktG zu Nachteilszufügungen gegen Verlustausgleich berechtigt. Im faktischen SPE-Konzern sowie im SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht müssen die Beteiligten dagegen penibel auf die vereinbarten Darlehens- bzw. *cash pooling*-Konditionen achten.

III. Zusammenfassung: Existenz- und Liquiditätsschutz im SPE-Konzern

1. Isolierte Weisungsrechte²³⁶⁷

Was effizienzsteigernde *isolierte* Weisungsrechte im Rahmen der Konzernfinanzierung anbelangt, erweisen sich der faktische SPE-Konzern, der SPE-Vertragskonzern und der SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht im rein deutschen Sachverhalt ebenso wie im sitzaufgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern als gleichwertige Alternativen. Die Gesellschafterversammlung darf die Tochter-SPEs in allen drei Fällen zur Gewährung von aufsteigenden Darlehen, zum Anschluss an einen *cash pool* und zu anderen Maßnahmen anweisen. Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern muss dagegen zwingend Satzungsunionsrecht geschaffen werden, um der Geschäftsleitung der Tochter-SPE bindende Weisungen erteilen zu dürfen.

Damit die Effizienz im SPE-Konzern nicht gemindert ist, empfiehlt sich also die unionsweite Installierung unionsrechtlicher Weisungsrechte in den Satzungen der Tochter-SPEs. Auswirkungen auf den Existenz- und Liquiditätsschutz im SPE-Konzern haben die Gestaltungsvarianten zu *isolierten* Weisungsrechten jedoch nicht. Unterschiede können sich nur dann ergeben, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden.

2. Schädigungsverbot bzw. Directors' Duties for the Benefit of Creditors²³⁶⁸

Was die Berücksichtigung von Konzerninteressen anbelangt, kommt es wesentlich darauf an, wie der SPE-Konzern strukturiert wird.

Im rein deutschen SPE-Konzern müssen die Gesellschafter der Tochter-SPE gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU das im faktischen GmbH-Konzern geltende Schädigungsverbot beachten, sofern sie nicht einvernehmlich darauf verzichten oder die Tochter-SPE nur einen einzigen Gesellschafter hat. Die Effizienz kann dadurch gesteigert werden, dass ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen und deshalb ein zeitlich gestreckter Nachteilsausgleich ermöglicht wird. Satzungsunionsrecht hilft dagegen nicht. Allerdings ist zu beachten, dass des Beherrschungsvertrages im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens automatisch endet.

Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern haften die Geschäftsleiter der Tochter-SPE demgegenüber gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU bei Verletzung der englischen *directors' duties for the benefit of creditors*. Qualifiziert man die deutsche Mutter-SPE als *shadow director* der Tochter-SPE, unterliegt sie demselben Haftungsrisiko.²³⁶⁹ Die mögliche Inanspruchnahme wegen einer Verletzung der *directors' duties for the benefit of creditors* mindert die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern erheblich. Denn die Konturen der Haftung können auch nach einem intensiven Studium des englischen Rechts nicht klar gezogen werden, sofern die deutschen Stabsabteilungen im transnationalen SPE-Konzern überhaupt über die Ressourcen für eine intensive Befassung mit dem ausländischen Recht verfügen. Außerdem sind die *directors' duties for the benefit of creditors* anders als das Schädigungsverbot nicht disponibel und gelten auch in der Einpersonengesellschaft. Die Gesellschafter haben keine Möglichkeit, diese Effizienzminderungen zu vermeiden oder zu minimieren, weil der Abschluss eines Beherrschungsvertrages nicht erlaubt ist und Satzungsunionsrecht keine Vorteile verschafft. Im

²³⁶⁷ Vgl. unter vorstehend II. 1. d), 2. e), 3. e).

²³⁶⁸ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (1), b), c), d), 2. b) (1), c), d), e), 3. a) (1), c), d), e).

²³⁶⁹ Vgl. *Servatius*, in: Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht, Int. Gesellschaftsrecht Rn. 174; *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, Einl. Rn. 250; *Rehm*, in: Eidenmüller/Ausl. Kapitalgesellschaften, § 10 Rn. 70; *Schall*, DStR 2006, 1229 ff.; *ders.*, ZIP 2005, 965, 968, 973; *von Thunen*, Directors' Duty, S. 123 ff., 138 ff., 151 ff., 187 ff., 266 ff.; *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 199 ff.

Rahmen der Konzernfinanzierung müssen die Beteiligten also stets penibel auf die vereinbarten Darlehens- bzw. *cash pooling*-Konditionen achten. Der Grenzübertritt wirkt sich schädigend auf die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern aus. Unterhält der Konzern neben der deutschen Mutter-SPE und der englischen Tochter-SPE noch Tochter-SPEs in weiteren Mitgliedstaaten, mindern die Rechtszersplitterungen und -unsicherheiten die Effizienz zusätzlich.

Im sitzaufgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern entspricht dagegen die Situation derjenigem im rein deutschen SPE-Konzern: Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU gilt das vertraute, verzichtbare Schädigungsverbot und kann alternativ ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen werden, wobei Satzungsunionsrecht sich nicht effizienzsteigernd auswirkt. Was die Berücksichtigung von Konzerninteressen anbelangt, ist es für die Effizienz im SPE-Konzern also von größter Wichtigkeit, die SPEs sitzgespalten zu strukturieren und Beherrschungsverträge abzuschließen.

3. Existenzvernichtungshaftung bzw. Piercing the veil-Doktrin²³⁷⁰

Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE-HU gilt im deutschen SPE-Konzern die Existenzvernichtungshaftung, während im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern die *piercing the veil*-Doktrin zur Anwendung gelangt. Indem für beide Rechtsinstitute relativ hohe Hürden bestehen, ähnelt sich die Situation für die deutschen Gesellschafter der Tochter-SPE. Trotzdem mindert der Grenzübertritt die Effizienz, weil die deutschen Akteure mit dem ausländischen Recht weniger vertraut sind als mit ihrem heimischen. Unterhält der Konzern neben der deutschen Mutter-SPE und der englischen Tochter-SPE noch Tochter-SPEs in weiteren Mitgliedstaaten, mindern die Rechtszersplitterungen und -unsicherheiten die Effizienz zusätzlich. Im sitzaufgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern gelten demgegenüber wie im deutschen SPE-Konzern die vertrauten Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung. Der Abschluss von Beherrschungsverträgen oder die Vereinbarung von Satzungsunionsrecht verbessern die Effizienz nicht. Für die Effizienz im SPE-Konzern kommt es darauf an, die SPEs sitzgespalten zu strukturieren.

4. Insolvenzverursachungshaftung bzw. Directors' Duties²³⁷¹

Im rein deutschen SPE-Konzern laufen die Geschäftsleiter der deutschen Tochter-SPE Gefahr, nach § 64 S. 3 GmbHG persönlich wegen Insolvenzverursachung in Anspruch genommen zu werden, wenn im Rahmen des konzerninternen Finanz- und Liquiditätsmanagements Zahlungen an Gesellschafter oder jenen nahestehende Dritte fließen. Der Abschluss von Beherrschungsverträgen oder die Vereinbarung von Satzungsunionsrecht verbessern die Effizienz nicht.

Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern treten an die Stelle dieser Haftung funktional u. a. die *directors' duties for the benefit of creditors*. Aber auch die Verletzung der *duty to promote the success of the company* und der *duty to exercise independent judgement* und die Verwirklichung des *wrongful trading*-Tatbestandes können zu einer dem § 64 S. 3 GmbHG ähnlichen Haftung führen. Indem die deutschen Akteure mit dem ausländischen

²³⁷⁰ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (2), c), d), 2. b) (2), c), d), e), 3. b) (2), c), d), e).

²³⁷¹ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (3), c), d), 2. b) (3), c), d), e), 3. b) (3), c), d), e).

dischen Recht weniger vertraut sind als mit ihrem heimischen, nimmt die Effizienz im SPE-Konzern beim Grenzübertritt Schaden. Unterhält der Konzern neben der deutschen Mutter-SPE und der englischen Tochter-SPE noch Tochter-SPEs in weiteren Mitgliedstaaten, mindern die Rechtszersplitterungen und -unsicherheiten die Effizienz zusätzlich.

Im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern gelten eigentlich weder der insolvenzrechtliche § 64 S. 3 GmbHG, noch die gesellschaftsrechtlichen *duties to promote the success of the company and to exercise independent judgement*. In Betracht kommt, entweder aufgrund von Äquivalenzüberlegungen die englische *wrongful trading*-Haftung oder aufgrund eines Normenmangels die deutsche Insolvenzverursachungshaftung anzuwenden. Diese Rechtsunsicherheiten mindern die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern enorm. Die Sitzaufspaltung hilft also nicht.

5. Zahlungsverbot und Insolvenzverschleppungshaftung bzw. Fraudulent Trading und Wrongful Trading²³⁷²

Im deutschen SPE-Konzern besteht für die Geschäftsleiter der Tochter-SPE das Risiko, zivilrechtlich wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot und strafrechtlich wegen Insolvenzverschleppung zu haften. Die Mutter-SPE und deren Geschäftsleiter können zivil- und strafrechtlich wegen Insolvenzverschleppung in Anspruch genommen werden. Der Abschluss von Beherrschungsverträgen oder die Vereinbarung von Satzungsunionsrecht verbessern die Effizienz nicht.

Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern haften dagegen die Geschäftsleiter der Tochter-SPE und ggf. auch die Mutter-SPE als *shadow directors* nach den englischen Haftungstatbeständen des *fraudulent trading* und *wrongful trading*. Der Grenzübertritt mindert die Effizienz, weil die deutschen Akteure mit dem ausländischen Recht weniger vertraut sind als mit ihrem heimischen. Unterhält der Konzern neben der deutschen Mutter-SPE und der englischen Tochter-SPE noch Tochter-SPEs in weiteren Mitgliedstaaten, schmälern die Rechtszersplitterungen und -unsicherheiten die Effizienz zusätzlich.

Im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern können die Geschäftsleiter der englischen Tochter-SPE ebenso bei Sitzkoppelung wegen *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading* in Anspruch genommen werden. Die deutsche Mutter-SPE haftet dagegen anders als bei Sitzkoppelung nicht als *shadow director* der Tochter-SPE wegen *fraudulent trading* bzw. *wrongful trading*, sondern nach dem deutschen Schädigungsverbot. Folglich verbessert die Sitzaufspaltung die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern leicht. Es empfiehlt sich, die SPEs sitzgespalten zu strukturieren.

6. Recht der Gesellschafterdarlehen bzw. englisches Anfechtungsrecht²³⁷³

Im rein deutschen SPE-Konzern müssen die Gesellschafter der Tochter-SPE das deutsche *Recht der Gesellschafterdarlehen* beachten. Der Abschluss von Beherrschungsverträgen oder die Vereinbarung von Satzungsunionsrecht verbessern die Effizienz nicht.

²³⁷² Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (2), c), d), 2. b) (3), c), d), e), 3. b) (3), c), d), e).

²³⁷³ Vgl. unter vorstehend II. 1. a) (5), c), d), 2. b) (5), c), d), e), 3. b) (5), c), d), e).

Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern kommt dagegen englisches Recht zur Anwendung. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das englische Recht keine Sonderregelungen für Gesellschafterdarlehen bzw. kein *Recht der Gesellschafterdarlehen* enthält. Die nach secc. 74 (2) (f), 215 (4) IA 1986 möglichen Rangrückstufungen erfolgen nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen und können damit funktional nicht als Sonderrecht für Gesellschafterdarlehen bezeichnet werden. Außerdem gilt englisches Anfechtungsrecht. Die Anfechtungstatbestände ähneln denjenigen in §§ 3, 4 und 6 AnfG, §§ 131 ff. InsO wegen inkongruenter Deckung, unmittelbar nachteiliger Rechtshandlungen, vorsätzlicher Benachteiligung, unentgeltlicher Leistungen bzw. *Gesellschafterdarlehen*. Im Detail unterscheiden sie sich jedoch empfindlich vom deutschen Recht. Nicht zuletzt die zweijährige Anfechtungsfrist dürfte dazu führen, dass deutsche Akteure im transnationalen SPE-Konzern über ein mangelndes Risikobewusstsein verfügen und womöglich böse Überraschungen erleben müssen. Unterhält der Konzern neben der deutschen Mutter-SPE und der englischen Tochter-SPE noch Tochter-SPEs in weiteren Mitgliedstaaten, mindern die Rechtszersplitterungen und -unsicherheiten die Effizienz zusätzlich. Wegen der mannigfaltigen Unterschiede zwischen den ausländischen Rechten und dem vertrauten deutschen Recht leidet die Effizienz im SPE-Konzern durch den Grenzübertritt also erheblich.

Im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern gilt ebenso wie bei Sitzkoppelung englisches Recht, weil sowohl das deutsche *Recht der Gesellschafterdarlehen* als auch das englische Anfechtungsrecht als insolvenzrechtlich zu qualifizieren sind. Daher hilft die Sitzaufspaltung nicht. Auch im Hinblick auf Tochter-SPEs mit Verwaltungssitzen in anderen Mitgliedstaaten als England ist zu erwarten, dass die Sitzaufspaltung die Effizienz im SPE-Konzern nicht steigert. Die Unternehmen können mithilfe der Konzernstrukturierung keine Verbesserungen erzielen.

7. Fazit: Auswirkungen der Konzernstrukturierung auf die Effizienz im SPE-Konzern

Aus Effizienzgründen empfiehlt sich die unionsweite Installierung unionsrechtlicher Weisungsrechte in den Satzungen der Tochter-SPEs. Auswirkungen auf den Existenz- und Liquiditätsschutz im SPE-Konzern haben die Gestaltungsvarianten zu *isolierten* Weisungsrechten jedoch nicht.

Eine Analyse der für den Existenz- und Liquiditätsschutz im deutschen bzw. deutsch-englischen SPE-Konzern wesentlichen Haftungstabestände ergibt, dass es für die Effizienz im SPE-Konzern von größter Wichtigkeit ist, die SPEs sitzgespalten zu strukturieren und Beherrschungsverträge abzuschließen. In Bezug auf bestimmte – zumeist insolvenzrechtliche – Tatbestände stehen den Unternehmen allerdings keine Mittel zur Effizienzsteigerung zur Verfügung, weil Beherrschungsverträge verboten sind oder sich nicht auswirken, und weil die Sitzaufspaltung keine Vorteile erzieht. Das Satzungsunionsrecht vermag in keinem der Fälle Effizienzverbesserungen zu erzielen.

E. Zusammenfassung Kapitel 8: Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern

Für die Kapitalaufbringung und -erhaltung transplantiert der Verordnungsgeber weitestgehend die Regelungen der Kapitalrichtlinie in den SPE-VOE-HU. Damit nimmt er in Bezug auf die supranationalen Rechtsformen bestehende Vorschläge für eine Ausdehnung der Kapitalrichtlinie auf kleine Kapitalgesellschaften²³⁷⁴ vorweg.²³⁷⁵

²³⁷⁴ Dazu *Fleischer*, DStR 2000, 1015, 1020.

Der SPE-Konzern erfordert eine angemessene Balance zwischen organisations- und schutzrechtlichen Komponenten. Was effizienzsteigernde *isolierte* Weisungsrechte im Rahmen der Konzernfinanzierung anbelangt, erweisen sich der faktische SPE-Konzern, der SPE-Vertragskonzern und der SPE-Konzern mit Satzungsunionsrecht im rein deutschen Sachverhalt ebenso wie im sitzaufgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern als gleichwertige Alternativen. Unterschiede können sich nur dann ergeben, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden. Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie den Existenz- und Liquiditätsschutz im SPE-Konzern haben die Gestaltungsvarianten zu *isolierten* Weisungsrechten jedoch nicht.²³⁷⁶

Die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE unterliegt unionsweit einheitlich denselben Regelungen und kann durch nationales Recht bzw. Satzungsunionsrecht grundsätzlich nicht ergänzt oder modifiziert werden. Daher ergeben sich keine Unterschiede, wenn anstelle einer deutschen Tochter-SPE eine sitzgekoppelte Tochter-SPE in England errichtet wird. Im faktischen deutsch-englischen SPE-Konzern bestehen dieselben Herausforderungen wie im rein deutschen faktischen SPE-Konzern. Indem der Abschluss eines Beherrschungsvertrages keine Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE hat, ist es an dieser Stelle zu verschmerzen, dass im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen werden kann. Mangels privatautonomem Gestaltungsspielraums kommt im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung auch Satzungsunionsrecht keine Bedeutung zu. Die Sitzaufspaltung kann die Effizienz im SPE-Konzern allgemein steigern, allerdings die im Hinblick auf das unionsrechtliche Kapitalaufbringungsregime bestehenden Schwierigkeiten nicht beseitigen. Um ein in sich stimmiges System zu finden und die SPE auch bei mitgliedstaatlichen Mindeststammkapitalia von EUR 8.000 konzerntauglich zu halten, sollte der SPE-VOE-HU nachgebessert werden.²³⁷⁷

Die Kapitalerhaltung in der Tochter-SPE gestaltet sich komplizierter. In Bezug auf den Ausschüttungsbegriff, die Zulässigkeit von Sachausschüttungen, die Definition von Ausschüttungsempfängern, die im Zusammenhang mit Ausschüttungen zu fassenden Gesellschafterbeschlüsse sowie die grundsätzlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Gesellschafterhaftung nach Art. 22 SPE-VOE-HU ergeben sich keine Unterschiede, gleich wie der SPE-Konzern strukturiert wurde. Im Übrigen kommt es allerdings zu Divergenzen, wie beispielsweise in Bezug auf die Frage, ob ein Bilanz- und/oder Solvenztestregime gilt, und in Bezug auf die Anforderungen an Ausschüttungen zugrundeliegende Bilanzen. Bei Geltung eines Bilanztestregimes kann im rein deutschen und im sitzgespaltenen deutsch-englischen SPE-Konzern die Effizienz im SPE-Konzern gesteigert werden, indem ein Vertragskonzern gebildet wird. Satzungsunionsrecht vermag die Effizienz unionsweit einheitlich zu steigern, indem Zwischendividenden zugelassen werden können. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass trotz bestimmter unionsrechtlicher Regelungen durch das Eindringen nationalen Rechts im SPE-Konzern empfindliche Effizienzminderungen entstehen und daher die Sitzaufspaltung aus Unternehmenssicht unabdingbar ist.²³⁷⁸

Wiederum komplexer gestaltet sich der Existenz- und Liquiditätsschutz der Tochter-SPE. Im rein deutschen SPE-Konzern kann die Effizienz dadurch gesteigert werden, dass ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen und deshalb ein zeitlich gestreckter Nachteilsausgleich zulässig wird. Satzungsunionsrecht hilft dagegen nicht. Im sitzgekoppelten deutsch-englischen SPE-Konzern haften die Geschäftsleiter der Tochter-SPE und ggf. auch die deut-

²³⁷⁵ A. A. Mosch, Kapitalschutz ohne Kapital, S. 400 ff. – Kapitalrichtlinie sollte auf die SPE auf kleine Kapitalgesellschaften ausgedehnt werden, um Regelungslücken im SPE-Statut zu schließen.

²³⁷⁶ Vgl. unter vorstehend B. III. 2., C. III. 2., D. III. 2.

²³⁷⁷ Vgl. unter vorstehend B.

²³⁷⁸ Vgl. unter vorstehend C.

sche Mutter-SPE nach englischem Recht. Die Gesellschafter haben keine Möglichkeit, diese Effizienzminderungen zu vermeiden oder zu minimieren. Im Rahmen der Konzernfinanzierung müssen die Beteiligten also stets penibel auf die vereinbarten Darlehens- bzw. *cash pooling*-Konditionen achten. Der Grenzübertritt wirkt sich schädigend auf die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern aus. Unterhält der Konzern neben der deutschen Mutter-SPE und der englischen Tochter-SPE noch Tochter-SPEs in weiteren Mitgliedstaaten, mindern die Rechtszersplitterungen und -unsicherheiten die Effizienz zusätzlich. Die Sitzaufspaltung steigert die Effizienz lediglich im Hinblick auf die Berücksichtigung von Konzerninteressen. Der Abschluss von Beherrschungsverträgen oder die Vereinbarung von Satzungsunionsrecht verbessern die Effizienz nicht.²³⁷⁹

F. Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber: Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern

I. Verordnungsgeber

1. Die Anstrengungen des Verordnungsgebers zur Schaffung eines unionsrechtlichen Kapitalaufbringungssystems bei der SPE sind zu begrüßen und haben sich gelohnt. Das Kapitalaufbringungsrecht der SPE demonstriert anschaulich, welche Vorzüge ein unionsweit einheitliches Gesellschaftsrecht ohne störendes Eindringen nationalen Rechts haben kann. Allerdings ist das Kapitalaufbringungssystem derzeit noch unausgegoren, indem es übliche Konzernfinanzierungsmaßnahmen stört. Aus diesem Grund muss der SPE-VOE-HU unbedingt nachgebessert werden.²³⁸⁰ Ähnlich wie bereits im Hinblick auf die Konzernausrichtung vorgeschlagen, sollte auch hier die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass die Satzungsgeber für das Eingreifen unionsrechtlicher Konzernprivilegien optieren können.²³⁸¹
2. Im Hinblick auf die Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie den Existenz- und Liquiditätsschutz steigert die Sitzaufspaltung die Effizienz im SPE-Konzern.²³⁸² Wie bereits an anderer Stelle vorgeschlagen sollte die Sitzaufspaltung daher unbedingt unionsrechtlich zugelassen werden.²³⁸³
3. Aus denselben Gründen muss der bereits ausgesprochene Ratschlag wiederholt werden, den Katalog in SPE-VO-Anhang I um einen fakultativen Regelungsauftrag zu Rechtswahlklauseln zu ergänzen.²³⁸⁴
4. In Art. 2 Abs. 1 lit. c S. 1 SPE-VOE-HU sollte klargestellt werden, dass und unter welchen Voraussetzungen konzerninterne Geschäfte nicht als Ausschüttungen zu qualifizieren sind. Außerdem empfiehlt es sich zu verdeutlichen, auf welche Zuwendungsempfänger das Ausschüttungsregime Anwendung findet.²³⁸⁵

²³⁷⁹ Vgl. unter vorstehend D.

²³⁸⁰ Vgl. unter vorstehend B.

²³⁸¹ Vgl. Kapitel 6 F. I.

²³⁸² Vgl. unter vorstehend B., C. und D.

²³⁸³ Vgl. Kapitel 2 J. I. 2.

²³⁸⁴ Vgl. Kapitel 3 D. I. 4.

²³⁸⁵ Vgl. unter vorstehend (1).

5. Zusätzlich sollte der Unionsgesetzgeber überlegen klarzustellen, ob und inwieweit Gesellschafter nach nationalem Recht für rechtswidrige Ausschüttungen sanktioniert werden können.²³⁸⁶
6. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Ordnungsgeber neben einem isolierten Bilanztestsystem auch ein isoliertes Solvenzttestsystem sowie ein kombiniertes Bilanz- und Solvenzttestsystem ermöglicht. Allerdings vergrößern die entstehenden Unterschiede zwischen den nationalen Rechten die Rechtszersplitterungen und damit die Effizienzdefizite im SPE-Konzern. Nachteile zeigen sich insbesondere, falls die Mitgliedstaaten für ein Solvenzttestregime optieren. Daher sollte der Unionsgesetzgeber erwägen, für die SPE lediglich ein Bilanztestregime vorzuschreiben. Die dann aufgrund der unterschiedlichen nationalen Bilanz- und Publizitätsrechte entstehenden Rechtszersplitterungen sind der Effizienz zwar abträglich, aber hinzunehmen.²³⁸⁷
7. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass für konzernrelevante Fragen ein kohärentes unionsrechtliches System gefunden werden muss, das die in der EuInsVO definierte Reichweite des europäischen Insolvenzrechts berücksichtigt oder noch besser ein auf das Unionsgesellschaftsrecht abgestimmtes materielles Unionsinsolvenzrecht schafft.²³⁸⁸ Dieser Hinweis muss nach Untersuchung des Existenz- und Liquiditätsschutzes im SPE-Konzern stark unterstrichen werden. Denn indem der Unionsgesetzgeber Fragen in diesem Zusammenhang weitestgehend nationalem Recht überlässt und die nationalen Rechte verschiedenste Anknüpfungsmomente vorsehen, wird die Effizienz im SPE-Konzern stark verschlechtert.
8. Dem Ordnungsgeber wurde bereits nahegelegt, klarstellen, dass sämtliche in der SPE-VO enthaltenen Spezial- und Generalverweise einheitlich als Sachnormverweise zu interpretieren sind, und dass im Bereich des Konzernrechts ggf. auftretende *Kollisionen der Sachrechte* mithilfe von *wertenden Sachnormverweisen* zu lösen sind.²³⁸⁹ Diese Empfehlung muss nach Untersuchung des Kapitalschutzes in der SPE wiederholt werden.
9. Es wurde bereits angeregt, klarzustellen, dass das nationale Recht diesseits und jenseits des Gesellschaftsrechts nur insofern auf die SPE angewendet werden darf, wie es unionsrechtskonform ist.²³⁹⁰ Mit Blick auf den Kapital-, Existenz- und Liquiditätsschutz im SPE-Konzern ist diese Klarstellung umso dringlicher.
10. Infolge der Auslegung des SPE-VOE-HU wurde dem Ordnungsgeber bereits dringend empfohlen, die SPE-Organisationsverfassung und die Konzernausrichtung der SPE unbedingt unmissverständlich auf Unionsrechtsebene zu regeln und hierbei auch zu diskutieren und entscheiden, ob und inwiefern eine Konzernierung als Strukturmaßnahme begriffen werden soll. Außerdem wurde dem Unionsgesetzgeber bereits nahegelegt, einen neuen Anlauf für eine eindeutige unionsrechtliche Regelung der Gesellschafter- und Organhaftung, zumindest aber der entsprechenden Sorgfaltspflichten, zu unternehmen. Diese Forderungen können im Anschluss an die Untersuchung der Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie

²³⁸⁶ Vgl. unter vorstehend a) (1) (a).

²³⁸⁷ Vgl. unter vorstehend a) (1) (b).

²³⁸⁸ Vgl. Kapitel 3 D. I. 3.

²³⁸⁹ Vgl. Kapitel 4 E. III. 2. (5).

²³⁹⁰ Vgl. Kapitel 4 E. IV., F. II.

des Existenz- und Liquiditätsschutzes im SPE-Konzern nur unterstrichen werden.²³⁹¹

II. Deutscher Gesetzgeber

1. Der deutsche Gesetzgeber sollte unbedingt eine konzernfreundliche Anpassung des unionsrechtlichen Kapitalaufbringungsschutzes sowie die unionsrechtliche Erlaubnis der Sitzaufspaltung unterstützen.²³⁹²
2. Vom deutschen Gesetzgeber wurde bereits die Erkenntnis erbeten, dass im Wettbewerb der Rechtsformen und Rechtsordnungen der Ansatz nicht länger trägt, durch die schlichte Umqualifizierung von Normen deren Anwendbarkeit auf die betreffenden Gesellschaften sicherzustellen.²³⁹³
3. Der deutsche Gesetzgeber wurde bereits darauf hingewiesen, dass deutsches Recht diesseits und jenseits des Gesellschaftsrechts nur insoweit auf die SPE angewendet werden darf, wie es unionsrechtskonform ist.²³⁹⁴ Diese Forderung muss nach Unteruchung der Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie des Existenz- und Liquiditätsschutzes im SPE-Konzern nachdrücklich wiederholt und unterstrichen werden.²³⁹⁵

III. Zusammenfassung: Quintessenz für den Verordnungs- und Gesetzgeber im Hinblick auf die Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern

1. Der Unionsgesetzgeber und der deutsche Gesetzgeber sollten unbedingt eine konzernfreundliche Anpassung der Kapitalschutzregelungen sowie die unionsrechtliche Erlaubnis der Sitzaufspaltung forcieren.
2. Für konzernrelevante Fragen sollte dringend ein kohärentes unionsrechtliches System gefunden werden, das die in der EuInsVO definierte Reichweite des europäischen Insolvenzrechts berücksichtigt oder noch besser ein auf das Unionsgesellschaftsrecht abgestimmtes materielles Unionsinsolvenzrecht schafft.

²³⁹¹ Vgl. Kapitel 5 E. I. 2., 4. und Kapitel 6 F. I. 1., 10., 11., Kapitel 7 A. und B. II., III., IV., D. I. 2., 4.

²³⁹² Vgl. unter soeben I.; vgl. auch bereits Kapitel 2 J. II. 4.

²³⁹³ Vgl. Kapitel 3 D. II. 1.

²³⁹⁴ Vgl. Kapitel 4 I. II. 3.

²³⁹⁵ Vgl. unter vorstehend B., C. und D.

Kapitel 9 Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne: Gesamtfazit

A. Kapitel 2 – Konzernrechtliche Dimension des SPE-VOE-HU

1. Bei der Auslegung und Anwendung des SPE-VOE-HU muss die Konzernierung der SPE als deren genuines Charakteristikum grundsätzlich mitberücksichtigt werden. Ein SPE-Konzernrecht muss sowohl organisations- als auch schutzrechtliche Bestandteile beinhalten. Bei der Erforschung des SPE-Konzernrechts kommt es auf das Zusammenspiel der für die SPE geltenden Rechtsquellen an: Die SPE unterliegt der SPE-VO, der Satzung und dem nationalen Recht.²³⁹⁶
2. Im SPE-Konzern entstehen Schnittstellen in Bezug auf verschiedene Rechtsgebiete, Unionsrecht und nationales Recht sowie in Bezug auf Gesetzesrecht und privatautonomes Recht. Nach dem Willen des Verordnungsgebers bildet die SPE-Satzung ein wesentliches Instrument um sicherzustellen, dass die SPE so weit wie möglich unionsweit einheitlichen Regelungen und nicht dem zersplitterten Recht der Mitgliedstaaten unterfällt.²³⁹⁷
3. Die nationalen und ggf. europäischen Gerichte legen die SPE-VO mithilfe der aus der deutschen Methodenlehre bekannten Methoden in europäisch-autonomer Weise aus. Im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung hat der *effet utile* ein besonderes Gewicht. Legt man den SPE-VOE-HU mithilfe der erwähnten Auslegungsmethoden aus, so ergibt sich, dass der Verordnungsgeber sich expliziter konzernrechtlicher Regelungen enthalten hat.²³⁹⁸
4. Indem die SPE-VO mit ihren Verweisnormen an den *Satzungssitz* der Gesellschaft anknüpft, fördert die Sitzaufspaltung *prima facie* einen einheitlichen Konzernaufbau und damit die effiziente Konzernführung im transnationalen SPE-Konzern. Solange der Verordnungsgeber die Sitzaufspaltung aber nicht in der SPE-VO selbst erlaubt, unterliegen transnationale SPE-Konzerne im Hinblick auf die Sitzaufspaltung denselben Rechtsunsicherheiten wie solche Konzerne, die sich aus Konzerngesellschaften mitgliedstaatlichen Rechts zusammensetzen.²³⁹⁹

B. Kapitel 3 – Grundsätze für die Anwendung von Unionsrecht auf den SPE-Konzern

1. Die Positiv- und Negativ-Abgrenzungen im SPE-VOE-HU sprechen dafür, dass der Regelungsbereich der SPE-VO grundsätzlich das gesamte *Gesellschaftsrecht*²⁴⁰⁰ der SPE umfasst. Was zum Gesellschaftsrecht der SPE und zu den außerhalb des Regelungsbereichs der SPE-VO beheimateten Materien gehört, ist europäisch-autonom unter hilfsweisem Rückgriff auf kollisionsrechtliche Grundsätze im Wege der Qualifikation zu entscheiden.²⁴⁰¹

²³⁹⁶ Vgl. Kapitel 2 B., C. und D.

²³⁹⁷ Vgl. Kapitel 2 E.

²³⁹⁸ Vgl. Kapitel 2 F. und H.

²³⁹⁹ Vgl. Kapitel 2 G.

²⁴⁰⁰ *Company law* bzw. *droit des sociétés*.

²⁴⁰¹ Vgl. Kapitel 3. A. I. 1.

2. Sofern unionsrechtliche Regelungen fehlen, kommt über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU und die übrigen Verweisungsnormen das Gesellschaftsrecht des Satzungssitzstaates zur Anwendung. Das SPE-Konzernrecht fällt als Teil des Gesellschaftsrechts ebenfalls in den Regelungsbereich der SPE-VO. Der Verordnungsgeber strebt mit dem SPE-VOE-HU ein unionsweit weitestgehend einheitliches SPE-Konzernrecht an. Nicht über die Verweisungsnormen im SPE-VOE-HU, sondern nach allgemeinen Grundsätzen gilt das am Verwaltungssitz einer SPE geltende nationale Delikts- und Insolvenzrecht. Folglich kann die Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Delikts- bzw. Insolvenzrecht die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern enorm mindern. In Abgrenzung der verschiedenen Statute sind Rechtsfragen dann dem Personalstatut der SPE zuzuschlagen, wenn dies der unionsweiten bzw. konzernindividuellen Einheitlichkeit besonders zuträglich ist.²⁴⁰²
3. Der SPE-Satzung erkennt der Verordnungsgeber eine zentrale Rolle zu. Die Satzung kann aus Regelungen zur Umsetzung von Regelungsaufträgen und Wahlrechten und aus zusätzlich sogenannten *Sonstigen Satzungsregelungen* bestehen. Das auf die SPE-Satzung anwendbare Recht hängt davon ab, welcher Typ von Satzungsregelungen betroffen ist. Eine Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, dass der Verordnungsgeber einen *Grundsatz der verordneten Gestaltungsfreiheit* vorgibt. Die nationalen Gerichte haben eine SPE-Satzung einheitlich und nach einem unionsrechtlichen Grundsatz objektiver Auslegung zu interpretieren. Überschreitet der Satzungsgeber den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum, richtet sich die Folge dieses Verstoßes nach dem auf die betroffene Satzungsregelung anwendbaren Recht. Die nationalen Gerichte sind aufgerufen, Satzungslücken auf unionsrechtlicher Ebene zu schließen, bevor sie die allgemeinen Lückenschließungsregeln des SPE-VOE-HU anwenden. Eine Bewältigung konzernspezifischer Probleme auf schuldrechtlicher Ebene kommt im transnationalen SPE-Konzern in Betracht, ist allerdings nicht das Mittel der Wahl.²⁴⁰³

C. Kapitel 4 – Grundsätze für die Anwendung nationalen Rechts auf den SPE-Konzern

1. Innerhalb des nationalen Rechts sind die ranghöchsten Vorschriften die Vorschriften der SPE-Ausführungsgesetze, und zwar unabhängig davon, ob die entsprechende Verweisungsnorm in der SPE-VO auf sie ausdrücklich Bezug nimmt oder nicht. Eine Gesamtschau der für die SPE geltenden Rechtsnormen ergibt ähnlich der SE eine insgesamt dreistufige Rechtsquellenpyramide, allerdings unter dem Vorzeichen der die SPE kennzeichnenden Privatautonomie im Vergleich zur SE in abgewandelter Form.²⁴⁰⁴
2. Die Anwendung nationalen Rechts auf die SPE hängt davon ab, ob der betreffende Aspekt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU als durch die SPE-VO vollständig – also abschließend – oder lediglich teilweise – also nichtabschließend – geregelt anzusehen ist. Damit der *effet utile* der SPE-VO verwirklicht werden kann, müssen die Regelungen des SPE-VOE-HU grundsätzlich als abschließend angesehen werden. Nati-

²⁴⁰² Vgl. Kapitel 3. A.; vgl. auch Kapitel 2 B., E., H., Kapitel 4 E. I.

²⁴⁰³ Vgl. Kapitel 3. B.

²⁴⁰⁴ Vgl. Kapitel 4 A., B.

onales Recht kommt nur nachrangig zur Anwendung. Außerdem darf mitgliedstaatliches Recht das Unionsrecht grundsätzlich nur ergänzen, nicht aber verschärfen.²⁴⁰⁵

3. Lücken in der SPE-VO sind erst dann durch nationales Recht zu schließen, sofern sie nicht auf unionsrechtlicher Ebene ausgefüllt werden können.²⁴⁰⁶ Insofern verweist der SPE-VOE-HU in Form von Sachnormverweisen – im Bereich des Konzernrechts in Form wertender Sachnormverweise – dynamisch auf das Gesellschaftsrecht des betreffenden Satzungsstaates. Das nationale Gesellschaftsrecht muss mit dem Sekundär- und Primärrecht vereinbar sein.²⁴⁰⁷
4. Doch auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO kommt nationales Recht nur dann und insoweit zur Anwendung, wie es mit dem Sekundär- und Primärrecht vereinbar ist. Als nichtgesellschaftsrechtlich zu qualifizierendes nationales Recht gilt im SPE-Konzern nur dann und insoweit, wie die SPE-VO lückenhaft ist. Das mitgliedstaatliche Gleichbehandlungsgebot ist auch jenseits des Regelungsbereichs der SPE-VO zu beachten. Außerdem ist grundsätzlich zu prüfen, ob die Niederlassungsfreiheit von SPE-Konzerngesellschaften verletzt wird.²⁴⁰⁸
5. Die Gesellschafter können die im transnationalen SPE-Konzern angestrebte Einfachheit und Rechtssicherheit einerseits faktisch im Wege der Sitzaufspaltung und andererseits rechtlich durch unionsrechtliche Rechtswahl- sowie Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln steigern.²⁴⁰⁹

D. Kapitel 5 – Unionsrechtliche Weisungsrechte im SPE-Konzern

1. Ob die SPE als Konzernbaustein attraktiv ist, hängt wesentlich davon ab, ob und inwiefern Weisungsrechte bestehen oder etabliert werden können. Die Frage nach Weisungsrechten ist außerdem eng mit der Frage nach Weisungsrechten im SPE-Konzern verknüpft, aber getrennt von ihr zu beurteilen.²⁴¹⁰
2. Die Auslegung des SPE-VOE-HU ergibt, dass der Ordnungsgeber die grundsätzliche Kompetenzstruktur der SPE trotz seiner ausführlichen Regelungen zu den Organisationseinheiten der SPE bewusst nicht geregelt hat. Nach Artt. 4 Abs. 3, 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOE-HU gilt nationales Recht vorbehaltlich abweichender unionsrechtlicher Satzungsregelung.²⁴¹¹ Der Satzungsgeber kann mithilfe von Regelungsaufträgen punktuelle und allgemeine unionsrechtliche Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung oder einzelner Gesellschafter etablieren. Allerdings ist hiermit nicht automatisch auch das Recht zur Erteilung nachteiliger Weisungen verknüpft. Die Gesellschafter und Organmitglieder haften für die Erteilung bzw. Ausführung unionsrechtlicher Weisungen grundsätzlich nach disparatem nationalen Recht.²⁴¹²

²⁴⁰⁵ Vgl. Kapitel 4 C.

²⁴⁰⁶ Vgl. Kapitel 4 D.

²⁴⁰⁷ Vgl. Kapitel 4 E.

²⁴⁰⁸ Vgl. Kapitel 4 F.

²⁴⁰⁹ Vgl. Kapitel 4 G.

²⁴¹⁰ Vgl. Kapitel 5 A.

²⁴¹¹ Vgl. Kapitel 5 A. II., III. und IV.

²⁴¹² Vgl. Kapitel 5 C.

E. Kapitel 6 – Unionsrechtliche Ausrichtung der SPE auf ein Konzerninteresse

1. *Konzerninteresse* meint nach der hier vertretenen Auffassung jedes Interesse jenseits des alleinigen Interesses der Tochter-SPE.²⁴¹³
2. Ob und inwiefern SPEs im Konzern auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden dürfen, ist der Brennpunkt des SPE-Konzernrechts. Denn die Effizienz im SPE-Konzern würde in besonderem Maße erhöht, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden dürfen. Andererseits würden die Interessen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern noch starker gefährdet, wenn Weisungen im Konzerninteresse erteilt werden dürften und ausgeführt werden müssten.²⁴¹⁴
3. Der Ordnungsgeber trifft keine spezifischen Aussagen zum Eigen- bzw. Konzerninteresse. Auf den ersten Blick kommt in Betracht, SPEs durch Nutzung der Regelungsaufträge in Art. 8 Abs. 1 lit. b bzw. lit. ea SPE-VOE-HU bzw. VOE-HU-Anhang I Nr. 19 auf ein Konzerninteresse auszurichten.²⁴¹⁵
4. Die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit wird dem Satzungsgeber aber nur vorbehaltlich eines angemessenen Minderheiten- und Gläubigerschutzes gewährt. Indem die im SPE-VOE-HU bestehenden Schutzlücken nicht auf Unionsrechtsebene geschlossen werden können, ist die Frage nach dem Gesellschaftszweck der SPE über Art. 4 Abs. 2 SPE-VOE-HU insgesamt nach nationalem Recht zu beantworten. Dass SPEs nicht unionsrechtlich auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden können, mindert die Effizienz im SPE-Konzern enorm und ist daher mehr als bedauerlich.²⁴¹⁶

F. Kapitel 7 – Weisungsrechte und Konzernausrichtung der SPE nach nationalem Recht

1. Das nationale Konzernrecht überlagert das SPE-Unionsrecht grundsätzlich nicht, wobei Ausnahmen für nationales Vertragskonzernrecht gelten.²⁴¹⁷
2. Unterhalten die Konzern-SPEs ihre Satzungssitze in einem bestimmten Mitgliedstaat, richtet sich die Zulässigkeit von Weisungen und einer Konzernausrichtung einheitlich nach dessen nationalem Recht. Wegen der starken Unterschiede zwischen den nationalen Rechten zeigt sich, dass die Geltung von Unionsrecht bzw. die Sitzaufspaltung gerade im Hinblick auf Weisungen und Konzernausrichtungen von grundlegender Bedeutung für die Effizienz im SPE-Konzern sind.²⁴¹⁸ Der rein nationale SPE-Konzern mit Satzungssitzen in Deutschland ähnelt dem nationalen GmbH-Konzern. Für die Effizienz ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Gesellschafter ein unionsrechtliches Weisungsrecht vereinbaren oder nicht. Da ein Beherrschungsvertrag nachteilige Weisungen erlaubt, kann sich allerdings ein Abschluss desselben ebenso wie im deutschen GmbH-Konzern effizienzsteigernd auswirken.²⁴¹⁹
3. Das Beispiel eines deutsch-englischen SPE-Konzerns zeigt, dass im sitzgekoppelten transnationalen Kon-

²⁴¹³ Vgl. Kapitel 6 A.

²⁴¹⁴ Vgl. Kapitel 6 B.

²⁴¹⁵ Vgl. Kapitel 6 C.

²⁴¹⁶ Vgl. Kapitel 6 D.

²⁴¹⁷ Vgl. Kapitel 7 B. I.

²⁴¹⁸ Vgl. Kapitel 7 A.

²⁴¹⁹ Vgl. Kapitel 7 B. II.

zern der Grenzübertritt die Effizienz grundsätzlich mindert. Im Vergleich dazu veranschaulicht das Beispiel eines deutsch-englischen SPE-Konzerns, dass die Sitzaufspaltung trotz verbleibender Unsicherheiten oder Unterschiede die Effizienz stark steigert. Folglich sollten die Unternehmen unbedingt die Sitzaufspaltung mit Sitzkonzentration in einem „konzernfreundlichen“ Mitgliedstaat in Betracht ziehen.²⁴²⁰

G. Kapitel 8 – Chancen und Risiken bei der Finanzierung im transnationalen SPE-Konzern

1. Für die Kapitalaufbringung und -erhaltung transplantiert der Verordnungsgeber weitestgehend die Regelungen der Kapitalrichtlinie in den SPE-VOE-HU. Damit nimmt er in Bezug auf die supranationalen Rechtsformen bestehende Vorschläge für eine Ausdehnung der Kapitalrichtlinie auf kleine Kapitalgesellschaften vorweg.²⁴²¹
2. Die Kapitalaufbringung in der Tochter-SPE unterliegt unionsweit einheitlich denselben Regelungen und kann durch nationales Recht bzw. Satzungsunionsrecht grundsätzlich nicht ergänzt oder modifiziert werden. Die Sitzaufspaltung kann die Effizienz im SPE-Konzern allgemein steigern, allerdings die im Hinblick auf das unionsrechtliche Kapitalaufbringungsregime bestehenden Schwierigkeiten nicht beseitigen. Um ein in sich stimmiges System zu finden und die SPE konzerntauglich zu halten, sollte der SPE-VOE-HU nachgebessert werden.²⁴²²
3. Die Kapitalerhaltung in der Tochter-SPE gestaltet sich komplizierter. In Bezug auf bestimmte Aspekte ergeben sich keine Unterschiede, gleich wie der SPE-Konzern strukturiert wurde. Trotzdem entstehen durch das Eindringen nationalen Rechts im SPE-Konzern empfindliche Effizienzminderungen und ist daher die Sitzaufspaltung aus Unternehmenssicht unabdingbar.²⁴²³
4. Wiederum komplexer gestaltet sich der Existenz- und Liquiditätsschutz der Tochter-SPE. Die Gesellschafter haben grundsätzlich keine Möglichkeit, die mannigfaltig entstehenden Effizienzminderungen zu vermeiden oder zu minimieren. Der Grenzübertritt wirkt sich schädigend auf die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern aus. Die Sitzaufspaltung steigert die Effizienz lediglich im Hinblick auf die Berücksichtigung von Konzerninteressen. Der Abschluss von Beherrschungsverträgen oder die Vereinbarung von Satzungsunionsrecht verbessern die Effizienz nicht.²⁴²⁴

H. Quintessenz für den Verordnungsgeber

1. Der Verordnungsgeber sollte in den Erwägungsgründen der SPE-VO ausdrücklich festschreiben, dass die Konzernierung ein genuines Charakteristikum der SPE und die Effizienzsteigerung im SPE-Konzern vor-

²⁴²⁰ Vgl. Kapitel 7 B. III. und IV.

²⁴²¹ Vgl. Kapitel 8 B. und C.

²⁴²² Vgl. Kapitel 8 B.

²⁴²³ Vgl. Kapitel 8 C.

²⁴²⁴ Vgl. Kapitel 8 D.

rangiges Ziel der SPE-VO ist.²⁴²⁵ Mithin sollte der Ordnungsgeber im SPE-VOE über seine begrüßenswerte, aber lediglich auf Weisungsrechte bezogene Zielfestschreibung im SUP-VOE-K hinausgehen.

2. Die Sitzaufspaltung der SPE sollte durch die SPE-VO ohne Verweis in mitgliedstaatliches Recht erlaubt sein.²⁴²⁶ Der Ordnungsgeber muss seine zuletzt auch im SUP-RLE-K gezeigte Zurückhaltung aufgeben.
3. Der Ordnungsgeber sollte in der SPE-VO festschreiben, was er unter einem Konzern, einem Konzernrecht und einem Konzerninteresse versteht, dass sich der Regelungsbereich der SPE-VO auf das Konzernrecht erstreckt und welche Regelungen konzernrechtliche Relevanz haben.²⁴²⁷ Es sollte stets berücksichtigt werden, dass der SPE-Konzern nicht nur schutz-, sondern auch organisationsrechtlicher Instrumente bedarf.²⁴²⁸ Es kommt darauf an, für konzernrelevante Fragen ein kohärentes unionsrechtliches System zu finden, das die in der EuInsVO definierte Reichweite des europäischen Insolvenzrechts berücksichtigt.²⁴²⁹ Auf dem Weg zu einem kohärenten und in sich schlüssigen Europäischen Gesellschaftsrecht sollte der Unionsgesetzgeber auch entscheiden, welche Maßnahmen er als Strukturmaßnahmen einstuft und welchem Regime er Strukturmaßnahmen unterwirft. Es sollte erwogen werden, für die SPE ein satzungsbasiertes Konzernkonzept zu schaffen.²⁴³⁰
4. Um den Mitgliedstaaten und Unternehmen die Rechtsanwendung zu erleichtern, sollte der Ordnungsgeber erwägen, eine klarstellende Bemerkung zur dreistufigen Rechtsquellenpyramide in die SPE-VO aufzunehmen.²⁴³¹ Der Ordnungsgeber sollte klarstellen, dass das nationale Konzernrecht das SPE-Unionsrecht grundsätzlich nicht überlagert, wobei Ausnahmen für nationales Vertragskonzernrecht gelten.²⁴³² Es ist zu begrüßen, dass der Ordnungsgeber der SPE-Satzung eine vorrangige und methodisch entscheidende Rolle einräumt.²⁴³³ Der Unionsgesetzgeber sollte in der SPE-VO jedoch bestimmte methodische Aspekte ausdrücklich klarstellen bzw. ergänzen.²⁴³⁴ Dies gilt auch generell in Bezug auf die Anwendung nationalen Rechts auf die SPE.²⁴³⁵
5. Das Konzept des SPE-VOE-HU, dass die SPE-Organisationsverfassung vorbehaltlich unionsrechtlicher Satzungsregelung dem nationalen Recht des Domizilstaates unterfällt, ist zu begrüßen. Dem Unionsgesetzgeber ist aber dringend zu empfehlen, bestimmte Aspekte klarzustellen bzw. zu überdenken.²⁴³⁶ Außerdem ist dem Unionsgesetzgeber dringend zu empfehlen, einen neuen Anlauf für eine eindeutige unionsrechtliche Regelung der Gesellschafter- und Organhaftung zu unternehmen.²⁴³⁷

²⁴²⁵ Vgl. Kapitel 2 B., F., J. I.

²⁴²⁶ Vgl. Kapitel 2 G., J. I., Kapitel 8 F.

²⁴²⁷ Vgl. Kapitel 2 A., J. I., Kapitel 3 D. I., Kapitel 6 F. I. 5.

²⁴²⁸ Vgl. Kapitel 2 C., J. I.

²⁴²⁹ Vgl. Kapitel 3 D. I., Kapitel 8 E. und F.

²⁴³⁰ Vgl. Kapitel 6 F. I. 11., Kapitel 8 E. und F.

²⁴³¹ Vgl. Kapitel 4 B., I. I.

²⁴³² Vgl. Kapitel 4 B. I.

²⁴³³ Vgl. Kapitel 4 B., D. I.

²⁴³⁴ Vgl. Kapitel 4 B. II., III., IV., V., VII. 2., D. I., Kapitel 4 I. I.

²⁴³⁵ Vgl. Kapitel 4 C., D., I. I., E. II. und III., IV., E. II. 2. c), I. I., Kapitel 8 E. und F.

²⁴³⁶ Vgl. Kapitel 2 G., H., Kapitel 3 A. I., II., III. und IV., B. I. und II., E. I., Kapitel 4 D. I. 2., Kapitel 8 E. und F.

²⁴³⁷ Vgl. Kapitel 3 C. II. 3., E. I., Kapitel 6 F. I. 10., Kapitel 7 D. I. 2., Kapitel 8 E. und F.

6. Ob und inwiefern SPEs im Konzern auf ein Konzerninteresse ausgerichtet werden dürfen, ist der Brennpunkt des SPE-Konzernrechts. Soll die SPE wie geplant typischerweise Konzernbaustein sein, muss die Konzernausrichtung der SPE unbedingt unmissverständlich auf Unionsrechtsebene geklärt und geregelt werden. Hierbei ist insbesondere ein kohärentes System dafür zu finden, wie unionsrechtliche Weisungsrechte im Konzerninteresse etabliert und ausgeübt werden können.²⁴³⁸ Das Unionsrecht muss deutlich machen, nach welchen Maßstäben Konzernierungsklauseln zu beurteilen und ggf. als rechtmäßig einzustufen sind.²⁴³⁹
7. Das Kapitalaufbringungsrecht der SPE demonstriert anschaulich, welche Vorzüge ein unionsweit einheitliches Gesellschaftsrecht ohne störendes Eindringen nationalen Rechts haben kann. Trotzdem muss der SPE-VOE-HU unbedingt nachgebessert werden.²⁴⁴⁰
8. Auch im Bereich der Kapitalerhaltung der SPE empfehlen sich klarstellende bzw. zusätzliche Regelungen.²⁴⁴¹ Außerdem sollte der Unionsgesetzgeber erwägen, für die SPE lediglich ein Bilanztestregime vorzuschreiben.²⁴⁴²

I. Quintessenz für den deutschen Gesetzgeber

1. Nimmt Deutschland an dem SPE-Projekt teil, darf der deutsche Gesetzgeber beim Erlass des SPE-Ausführungsgesetzes den *effet utile* der SPE-VO nicht gefährden oder schmälern.²⁴⁴³ Neben dem Postulat der unionsweiten Einheitlichkeit der SPE der deutsche Gesetzgeber stets berücksichtigen, dass der SPE-Konzern nicht nur schutz-, sondern auch organisationsrechtlicher Instrumente bedarf.²⁴⁴⁴ Beim deutschen Gesetzgeber muss sich die Erkenntnis durchsetzen, dass im Wettbewerb der Rechtsformen und Rechtsordnungen der Ansatz nicht länger trägt, durch die schlichte Umqualifizierung von Normen deren Anwendbarkeit auf die betreffenden Gesellschaften sicherzustellen.²⁴⁴⁵
2. Der deutsche Gesetzgeber sollte darauf hinwirken, dass die Sitzaufspaltung der SPE unmittelbar durch die SPE-VO erlaubt wird.²⁴⁴⁶ Außerdem sollte Deutschland den Unionsgesetzgeber bei der Schaffung unmissverständlicher unionsrechtlicher Regelungen zur Organisationsverfassung, zur Konzernausrichtung sowie zur Gesellschafter- und Organhaftung nach besten Kräften unterstützen.²⁴⁴⁷ Auch sollte er unbedingt eine konzernfreundliche Anpassung des unionsrechtlichen Kapitalaufbringungsschutzes forcieren.²⁴⁴⁸

²⁴³⁸ Vgl. Kapitel 6 F. I.

²⁴³⁹ Vgl. Kapitel 6 F. I.

²⁴⁴⁰ Vgl. Kapitel 8 B.

²⁴⁴¹ Vgl. Kapitel 8 C.

²⁴⁴² Vgl. Kapitel 8 C.

²⁴⁴³ Vgl. Kapitel 2 F., J. II.

²⁴⁴⁴ Vgl. Kapitel 2 C., J. II.

²⁴⁴⁵ Vgl. Kapitel 3 A. I. 1. e), D. II.

²⁴⁴⁶ Vgl. Kapitel 2 G., J. II.

²⁴⁴⁷ Vgl. Kapitel 6 F. II. 1., Kapitel 7 D. II. 1. und 2.

²⁴⁴⁸ Vgl. Kapitel 2 J. II. 4.

3. Im Hinblick auf das notwendige SPE-Ausführungsgesetz und die Einbettung der SPE in das deutsche Recht muss der deutsche Gesetzgeber verschiedene Entscheidungen treffen und methodische Aspekte beachten.²⁴⁴⁹
4. Weil ein uneinheitliches Haftungsregime die Effizienz im transnationalen SPE-Konzern empfindlich mindert, sollte sich der deutsche Gesetzgeber für die Etablierung unionsrechtlicher Haftungsmaßstäbe in der SPE-VO einsetzen.²⁴⁵⁰

²⁴⁴⁹ Vgl. Kapitel 2 E., J. II., Kapitel 3 A. II., B. III. 2., IV., VII. 2. b) (3), D. II., Kapitel 4 A., C., D., I. II., E. IV., I. II., Kapitel 5 A. II., III. und IV., I. II., Kapitel 6 F. II., Kapitel 8 B., C. und D.

²⁴⁵⁰ Vgl. Kapitel 4 C. III. 3., I. II.

Literaturverzeichnis

Bücher, Buchbeiträge, Kommentierungen und Aufsätze

- Albrecht, Achim Problemstellungen bei der Insolvenz ausländischer Unternehmensformen in Deutschland
in: ZInsO 2013, S. 1623 ff.
- Altmeppen, Holger Cash-Pooling und Kapitalerhaltung im faktischen Konzern
in: NZG 2010, S. 401 ff.
- Altmeppen, Holger
/ Wilhelm, Jan Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH
in: NJW 1999, S. 673 ff.
- Altmeppen, Holger Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften
in: NJW 2004, S. 97 ff.
- Anzinger, Heribert Die Europäische Privatgesellschaft – vom Vollstatut zum tragfähigen Kompromiss
in: BB 2009, S. 2606 ff.
- Anzinger, Heribert Fällt der Schlagbaum für das Europäische Gesellschaftsrecht? – SE, SPE & Co. Nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG
in: AG 2009, S. 739 f.
- Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht Thesen zum Erlass einer europäischen Sitzverlegungsrichtlinie
in: NZG 2011, S. 98 ff.
- Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht Thesen zum Vorschlag einer Europäischen Privatgesellschaft (SPE)
in: NZG 2008, S. 897 ff.
- Arens, Tobias Zweifelsfragen „in SPE“ – Die Gründung einer „Societas Privata Europaea“ (SPE) durch Umwandlung bestehender Gesellschaften
in: Der Konzern 2010, S. 395 ff.
- Bachmann, Gregor Regulatorische Besonderheiten einer Europäischen geschlossenen Kapitalgesellschaft
in: Bachmann/Eidenmüller u. a., Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, ZGR-Sonderheft Nr. 18, S. 183 ff. Berlin / Boston 2012
zitiert: *Bachmann*, *in: ZGR-Sonderheft 2012*
- Bachner, Thomas Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht in England

- in:* Lutter, Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaften in Europa, ZGR-Sonderheft Nr. 17, S. 526 ff.
Berlin 2006
zitiert: *Bachner*, in: ZGR-Sonderheft 2006
- Bälz, Ulrich
Einheit und Vielheit im Konzern
in: Baur, Fritz (Hrsg.) / Esser, Josef (Hrsg.) / Kübler, Friedrich (Hrsg.) / Steindorff, Ernst (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsorganisationen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 287 ff.
zitiert: *Bälz*, in: FS Raiser
- Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.)
/ Roth, Herbert (Hrsg.)
Beck'scher Onlinekommentar BGB
34. Auflage, München 1. Februar 2015
zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck'scher OK-BGB
- Baumbach, Adolf (Hrsg.)
/ Hueck, Alfred (Hrsg.)
GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
20. Auflage, München 2013
zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck/GmbHG
- Bayer, Walter
/ Schmidt, Jessica
BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2010/2011
in: BB 2012, S. 3 ff.
- Bayer, Walter
/ Schmidt, Jessica
Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“
in: ZIP 2012, S. 1481 ff.
- Bayer, Walter
Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen
in: BB 2003, S. 2357 ff.
- Bayer, Walter
/ Lieder, Jan
Einbringung von Dienstleistungen in die AG
in: NZG 2010, S. 86 ff.
- Behme, Caspar
Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale
in: NZG 2012, S. 936 ff.
- Behrens, Peter
Niederlassungsfreiheit/Gesellschaftsrecht: Grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften – Urteilsanmerkung
in: EuZW 2012, S. 625
- Bergmann, Jan
Vorabentscheidungsverfahren nach dem EU-Reformvertrag von Lissabon
in: ZAR 2011, S. 41 ff.

Bergmann, Jan (Hrsg.)	Handlexikon der Europäischen Union 4. Auflage, Baden-Baden 2012 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Bergmann/Handlexikon
Berner, Olaf / Klöhn, Lars	Insolvenzantragspflicht, Qualifikation und Niederlassungsfreiheit <i>in</i> : ZIP 2007, S. 106 ff.
Beutel, David / Rehberg, Martin	National Grid Indus – Schlusspunkt der Diskussion oder Quell neuer Kontroverse zur Entstrickungsbesteuerung? <i>in</i> : IStR 2012, S. 94 ff.
Bezenberger, Tilman	Das Kapital der Aktiengesellschaft – Kapitalerhaltung, Vermögensbindung, Konzernrecht Köln 2005 zitiert: <i>Bezenberger</i> , Das Kapital der Aktiengesellschaft
Binder, Jens-Hinrich	Dogmatik des Aktionärsschutzes in der Krise – die Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie im Wandel? <i>in</i> : ZVglRWiss 112 (2013), S. 23 ff.
Binder, Jens-Hinrich	Krisenbewältigung im Spannungsfeld zwischen Aufsichts-, Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht – Anwendungsprobleme des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes <i>in</i> : WM 2008, S. 2340 ff.
Bittmann, Folker / Gruber, Urs Peter	Limited – Insolvenzantragspflicht gemäß § 15 a InsO: Europarechtlich unwirksam? (§ 15 a InsO) <i>in</i> : GmbHR 2008, S. 867 ff.
Blanquet, Françoise	Das Statut der europäischen Aktiengesellschaft (Societas europaea „SE“) – Ein Gemeinschaftsinstrument für die grenzübergreifende Zusammenarbeit im Dienste der Unternehmen <i>in</i> : ZGR 2002, 20 ff.
Boecken, Winfried	BGB – Allgemeiner Teil 2. Auflage, Stuttgart 2011 zitiert: <i>Boecken</i> , BGB-AT
Bohl, Werner (Hrsg.) / Riese, Joachim (Hrsg.) / Schlüter, Jörg (Hrsg.)	Beck'sches IFRS-Handbuch – Kommentierung der IFRS/IAS 4. Auflage, München/Wien/Bern 2013 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Beck'sches IFRS-HB
Bormann, Jens / König, David C.	Der Weg zur Europäischen Privatgesellschaft - Bestandsaufnahme und Ausblick <i>in</i> : RIW 2010, S. 111 ff.
Bormann, Jens	Kreditreorganisationsgesetz, ESUG und Scheme of Arrange-

- ment – Insolvenzrechtliche Neuerungen im Spannungsverhältnis zwischen erleichterter Unternehmenssanierung und Beschneidung von Gläubiger- und Gesellschafterrechten
in: NZI 2011, S. 892 ff.
- Bormann, Michael
/ Urlichs, Marc
Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nach dem MoMiG
in: GmbHR Sonderheft Oktober 2008, S. 37 ff.
- Böttcher, Leif
/ Kraft, Julia
Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH
in: NJW 2012, S. 2701 ff.
- Boucourechliev, Jeanne
Pour une s. a. r. l. européenne. Étude du C. R. E. D. A
1. Auflage, Paris 1973
zitiert: *Boucourechliev, S.a.r.l. européenne*
- Boucourechliev, Jeanne (Hrsg.)
/ Hommelhoff, Peter (Hrsg.)
Vorschläge für eine europäische Privatgesellschaft - Strukturelemente einer kapitalmarktfernen europäischen Gesellschaftsform nebst Entwurf für eine EPG-Verordnung der Europäischen Gemeinschaft. Eine Studie des Centre de Recherche sur le Droit des Affaires der Industrie- und Handelskammer Paris unter der Leitung von Jeanne Boucourechliev
1. Auflage, Köln 1999
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Boucourechliev/ Hommelhoff/Vorschläge für eine EPG*
- Brandi, Tim Oliver
Die Europäische Aktiengesellschaft im deutschen und internationalen Konzernrecht
in: NZG 2003, S. 889 ff.
- Brandt, Ulrich
/ Scheifele, Matthias
Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht
in: DStR 2002, S. 547 ff.
- Braun, Dominik
Der grenzüberschreitende Rechtsformwechsel von Gesellschaften im Lichte des Konzepts und der Dogmatik der Niederlassungsfreiheit
in: DZWIR 2012, S. 411 ff.
- Braun, Eberhard (Hrsg.)
Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar
6. Auflage, München 2014
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Braun/Inso*
- Brems, Michael
/ Cannivé, Klaus
Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) als Baustein des internationalen Konzerns
in: Der Konzern 2008, S. 629 ff.
- Brieskorn, Konstanze
Vertragshaftung und responsabilité contractuelle: Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das

	Vertragsrecht in Europa Tübingen 2010 zitiert: <i>Brieskorn</i> , Vertragshaftung
Brinkmann, Moritz	Wege aus der Insolvenz eines Unternehmens – oder: Die Gesellschaftler als Sanierungshindernis <i>in</i> : WM 2011, S. 97 ff.
Brüggemeier, Alexander	Funktion von Regelungsaufträgen an die Satzungsgeber im Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft München 2010 zitiert: <i>Brüggemeier</i> , Funktion von Regelungsaufträgen
Bücker, Thomas	Die Organisationsverfassung der SPE <i>in</i> : ZHR 173 (2009), S. 281 ff.
Buddemeier, Tobias	Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund im Recht der Societas Privata Europaea (SPE) und der GmbH Frankfurt am Main 2009 zitiert: <i>Buddemeier</i> , Ausschluss und Austritt
Busack, Holger / Scharr, Christoph	Wesentliche Neuerungen bei der Abgrenzung des Kreises der nahestehenden Unternehmen und Personen <i>in</i> : IRZ 2011, S. 395 ff.
Calliess, Christian (Hrsg.) / Ruffert, Matthias	EUV / AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar 4. Auflage, München 2011 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in</i> : Calliess/Ruffert/EUV-AEUV-Kommentar
Cannivé, Klaus / Seebach, Daniel	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) versus Europäische Privatgesellschaft (SPE): Wettbewerb der Ein-Euro-Gesellschaften? <i>in</i> : GmbHR 2009, S. 519 ff.
Casper, Matthias	Der Lückenschluss im Statut der Europäischen Gesellschaft <i>in</i> : Habersack, Matthias (Hrsg.) / Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Hüffer, Uwe (Hrsg.) / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 51 ff. zitiert: <i>Casper</i> , <i>in</i> : FS Ulmer
Casper, Matthias	Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE - Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge <i>in</i> : ZHR 173 (2009), S. 181 ff.
Casper, Matthias / Weller, Marc-Philippe	Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE <i>in</i> : NZG 2009, S. 681 ff.

Chiu, Yen-Lin Agnes	<p>The SPE as a Corporate Form for International Investors <i>in: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 47 ff.</i> Berlin / Boston 2013 zitiert: <i>Chiu</i>, in: ECFR-Special 2013</p>
Conac, Pierre-Henri	<p>Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level <i>in: ECFR 2013, S. 194 ff.</i></p>
Conac, Pierre-Henri	<p>Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level <i>in: Birkmose, Hanne S. (Hrsg.) / Neville, Mette (Hrsg.) / Sørensen, Karsten Engsig (Hrsg.), Board of Directors in European Companies: Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties, NL – Alphen aan den Rijn 2013, pp. 75 et seq.</i> zitiert: <i>Conac</i>, in: Birkmose/Neville/Sørensen/BoD</p>
Cornett, Christian	<p>Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften Berlin 2003 zitiert: <i>Cornett</i>, Treubindung</p>
Culmann, Johannes Jakob	<p>Die Societas Privata Europaea in der Krise Frankfurt am Main 2012 zitiert: <i>Culmann</i>, SPE in der Krise</p>
Däubler, Wolfgang / Heuschmid, Johannes	<p>Cartesio und MoMiG – Sitzverlagerung ins Ausland und Unternehmensmitbestimmung <i>in: NZG 2009, S. 493 ff.</i></p>
Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner	<p>BGB – Schuldrecht Band 2 2. Auflage, Baden-Baden 2012 zitiert: <i>Bearbeiter</i>, in: Dauner-Lieb/Langen/BGB</p>
Dausen, Manfred A. (Hrsg.)	<p>Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts 36. Ergänzungslieferung, München Oktober 2014 zitiert: <i>Bearbeiter</i>, in: Dausen/EU-Wirtschaftsrecht</p>
Davies, Paul	<p>Introduction to Company Law 2. Auflage, New York 2010 zitiert: <i>Davies</i>, Company Law</p>
de Erice, Pablo Rüdiger S. / Gaude, Frank	<p>Societas Privata Europaea – Unternehmensleitung und Haftung <i>in: DStR 2009, S. 857 ff.</i></p>

- de Kluiver, Harm-Jan
/ Rammeloo, Stephan F. G. Capital and Capital Protection in The Netherlands: A Doctrine in Flux
in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaften in Europa, ZGR-Sonderheft Nr. 17, S. 555 ff.
Berlin 2006
zitiert: *deKluiver/Rammeloo*, in: ZGR-Sonderheft 2006
- de Vries, Diane
/ van Efferink, Harm Die niederländische B.V.
in: GmbHR-Sonderheft 2006, S. 48 ff.
- Desch, Catharina Der Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen zwei Jahre nach der Reform
in: BB 2010, S. 3104 ff.
- Doralt, Walter Managerpflichten in der englischen Limited – Companies Act Kommentar
1. Auflage, Wien 2011
zitiert: *Doralt*, Managerpflichten
- Dreher, Ferdinand Der Richtlinienvorschlag über die Societas Unius Personae und seine Regelungen zur faktischen Geschäftsführung
in: NZG 2014, S. 967 ff.
- Drinkuth, Henrik Die Kapitalrichtlinie – Mindest- oder Höchstnorm?
Köln 1998
zitiert: *Drinkuth*, Kapitalrichtlinie
- Druey, Jean Nicloas Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten – neu zu regeln?
Gutachten H für den 59. Deutschen Juristentag
in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1992, Band I (Gutachten) Teil G/H
München 1992
zitiert: *Druey*, DJT-Gutachten 1992
- Drury, Robert Why Do We Need The European Private Company (Societas Privata Europaea)?
in: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 33 ff.
Berlin / Boston 2013
zitiert: *Drury*, in: ECFR-Special 2013
- Drygala, Tim Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions

- in: AG 2013, S. 198 ff.*
- Drygala, Tim What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP)
in: EuZW 2014, S. 491 ff.
- Ebert, Sabine Das anwendbare Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft
in: BB 2003, S. 1854 ff.
- Ehricke, Ulrich Konzeptionelle Probleme der Europäischen Privatgesellschaft
in: KSzW 2010, S. 6 ff.
- Eidenmüller, Horst Analytischer Rahmen
in: Bachmann/Eidenmüller u. a., Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, ZGR-Sonderheft Nr. 18, S. 4 ff.
Berlin / Boston 2012
zitiert: *Eidenmüller*, in: ZGR-Sonderheft 2012
- Eidenmüller, Horst Errichtung, Führung und Anteilsübertragung
in: Bachmann/Eidenmüller u. a., Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, ZGR-Sonderheft Nr. 18, S. 163 ff.
Berlin / Boston 2012
zitiert: *Eidenmüller*, in: ZGR-Sonderheft 2012
- Eidenmüller, Horst Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz
in: NJW 2005, S. 1618 ff.
- Eidenmüller, Horst Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz
in: Heldrich, Andreas (Hrsg.) / Prölss, Jürgen (Hrsg.) / Koller, Ingo (Hrsg.) u. a., Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, München 2007, S. 49 ff.
zitiert: *Eidenmüller*, in: FS Canaris
- Eidenmüller, Horst Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut
in: RabelsZ 2006, S. 474 ff.
- Eidenmüller, Horst Wettbewerb der Insolvenzrechte?
in: ZGR 2006, S. 467 ff.
- Eidenmüller, Horst (Hrsg.) Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht
1. Auflage, München 2004
zitiert: *Bearbeiter*, in: Eidenmüller/Ausl. Kapitalgesellschaften
- Einsele, Dorothee Verdeckte Sacheinlage, Grundsatz der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

in: NJW 1996, S. 2681 ff.

Ekkenga, Jens

Neue Pläne der Europäischen Kommission für ein Europäisches Konzernrecht: Erste Eindrücke
in: AG 2013, S. 181 ff.

Ellrott, Helmuth (Hrsg.)
/ Förchle, Gerhart (Hrsg.)
/ Grottel, Bernd (Hrsg.)
/ Kozikowski, Michael (Hrsg.)
/ Schmidt, Stefan (Hrsg.)
/ Winkeljohann, Norbert (Hrsg.)

Beck'scher Bilanzkommentar
München, 9. Auflage 2014
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Beck'scher Bilanzkommentar*

Emmerich, Volker
/ Habersack, Mathias

Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar
7. Auflage, München 2013
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Emmerich/Habersack/Aktien- und GmbH-Konzernrecht*

Enge, Reinhard
/ Klett, Sabine

Praxisfragen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften
in: DStR 2012, S. 2442 ff.

Engert, Andreas

Die Geschäftsleitung der geschlossenen Kapitalgesellschaft
in: Bachmann/Eidenmüller u. a., Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, ZGR-Sonderheft Nr. 18, S. 75 ff.
Berlin / Boston 2012
zitiert: *Engert*, *in: ZGR-Sonderheft 2012*

Europäische Kommission (Hrsg.)

Propositions pour une société fermée européenne. Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires sous la direction de J. Boucourechliev
1. Auflage, Luxemburg 1997
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Boucourechliev/Propositions pour une SFE*

Fingerhuth, Jörn
/ Rumpf, Joachim

MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung - Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?
in: IPRax 2008, 90 ff.

Fischer zu Cramburg, Ralf

Kapitalerhaltung: EU-Kommission lehnt Reform der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen („Kapital-“)Richtlinie nach KPMG-Studie ab
in: NZG 2008, S. 223

Fischer, Michael

Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art“
in: ZIP 2004, S. 1477 ff.

Flaig, Katrin	Die Satzung der Societas Privata Europaea Frankfurt am Main 2010 zitiert: <i>Flaig</i> , Die Satzung der SPE
Fleischer, Holger	Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften <i>in</i> : Bachmann/Eidenmüller u. a., Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, ZGR-Sonderheft Nr. 18, S. 25 ff. Berlin / Boston 2012 zitiert: <i>Fleischer</i> , in: ZGR-Sonderheft 2012
Fleischer, Holger	Gläubigerschutz in der kleinen Kapitalgesellschaft: Deutsche GmbH versus englische private limited company <i>in</i> : <i>DStR</i> 2000, S. 1015 ff.
Fleischer, Holger / Schneider, Stephan / Thaten, Marlen	Kapitalmarktrechtlicher Anlegerschutz versus aktienrechtliche Kapitalerhaltung – wie entscheidet der EuGH? <i>in</i> : <i>NZG</i> 2012, S. 801 ff.
Fleischer, Holger	Reformperspektiven des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts im Lichte der Rechtsvergleichung <i>in</i> : <i>AG</i> 2012, S. 765 ff.
Fleischer, Holger (Hrsg.) / Goette, Wulf	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Band 1 – §§ 1 – 34 GmbHG 1. Auflage, München 2010 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: <i>MüKo-GmbHG</i>
Fleischer, Holger (Hrsg.) / Goette, Wulf	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Band 2 – §§ 35 – 52 GmbHG 1. Auflage, München 2012 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: <i>MüKo-GmbHG</i>
Fleischer, Holger (Hrsg.) / Goette, Wulf	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Band 3 - §§ 53 – 85 GmbHG 1. Auflage, München 2011 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: <i>MüKo-GmbHG</i>
Förster, Guido / Krauß, Sebastian	Der Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission zur Gemeinsamen konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) vom 16. 3. 2011 <i>in</i> : <i>IStR</i> 2011, S. 607 ff.
Forum Europaeum Konzernrecht	Konzernrecht für Europa <i>in</i> : <i>ZGR</i> 1998, S. 672 ff.

Franz, Alexander	Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland <i>in</i> : BB 2009, S. 1250 ff.
Freitag, Robert	„Financial Assistance“ durch die Aktiengesellschaft nach der Reform der Kapitalrichtlinie – (k)ein Freifahrtsschein für LBOs? <i>in</i> : AG 2007, 157-165
French, Derek / Mayson, Stephen / Ryan, Christopher	Mayson, French & Ryan on Company Law 30. Auflage, New York 2013 zitiert: <i>French/Mayson/Ryan</i> , Company Law
Frenz, Walter	Handbuch Europarecht – Band 6: Institutionen und Politiken 1. Auflage, Berlin 2011 zitiert: <i>Frenz</i> , Europarecht
Freudenberg, Rainer	Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife: Gläubigerschutz und Gesellschaftsinteresse zwischen europäischem und nationalem Recht Baden-Baden 2012 zitiert: <i>Freudenberg</i> , Die SPE zwischen Krise und Insolvenzreife
Freudenberg, Rainer	Mindestkapital und Gründungshaftung in der SPE nach dem schwedischen Kompromissentwurf <i>in</i> : NZG 2010, S. 527 ff.
Frey, Johannes / Sälzer, Marc	Die deutsche Konzernbesteuerung im Umbruch <i>in</i> : BB 2012, S. 294 ff.
Frischhut, Markus / Geymayer, Ralf	Die Societas Privata Europaea (SPE) – Überblick zum Vorschlag der Kommission <i>in</i> : ecoloex 2008, S. 970 ff.
Gadow, Wilhelm (Begr.) / Heinichen, E. (Begr.) / Hopt, Klaus J. (Hrsg.) / Wiedemann, Herbert (Hrsg.)	Aktiengesetz: Großkommentar 4. Auflage 2011, 23. Lieferung §§ 300 – 310 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in</i> : GK-AktG
Geibel, Stephan (Hrsg.) / Süßmann, Rainer (Hrsg.)	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) Kommentar 2. Auflage, München 2008 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in</i> : Geibel/Süßmann/WpÜG-Kommentar
Glahe, Moritz	Grenzüberschreitende Organschaft ohne Gewinnabführungsvertrag <i>in</i> : IStR 2012, S. 128 ff.

- Glaser, Andreas
Auf dem Weg zu einer sachgerechten Konzernbesteuerung –
die GKKB als Leitbild?
in: DStR 2011, S. 2317 ff.
- Gloger, Christian
/ Goette, Constantin
/ van Huet, Fabienne
Die neue Rechtsprechung zur Existenzvernichtungshaftung mit
Ausblick in ds englische Recht (Teil II)
in: DStR 2008, S. 1194 ff.
- Goette, Wulf (Hrsg.)
/ Habersack, Mathias (Hrsg.)
/ Kalss, Susanne (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band 5 – §§ 278 – 328, SpruchG, ÖGesAusG, Österreichisches
Konzernrecht
3. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, *in: MüKo-AktG*
- Goette, Wulf (Hrsg.)
/ Habersack, Mathias (Hrsg.)
/ Kalss, Susanne (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band 7 – Europäisches Aktienrecht, SE-VO, SEBG, Europäische
Niederlassungsfreiheit
3. Auflage, München 2012
zitiert: *Bearbeiter*, *in: MüKo-AktG*
- Goette, Wulf (Hrsg.)
/ Habersack, Mathias (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band 1 – §§ 1 – 75 AktG
3. Auflage, München 2008
zitiert: *Bearbeiter*, *in: MüKo-AktG*
- Gößl, Ulrich
Die Satzung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) mit Sitz in
Deutschland
Tübingen 2010
zitiert: *Gößl*, *SE-Satzung*
- Gottwald, Peter (Hrsg.)
Insolvenzrechts-Handbuch
4. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Gottwald/Insolvenzrechts-Handbuch*
- Grabitz, Eberhard (Begr.)
/ Hilf, Meinhard (Fortf.)
/ Nettesheim, Martin (Hrsg.)
Das Recht der Europäischen Union
Loseblatt, 54. Ergänzungslieferung, München September 2014
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/EU-Recht*
- Grabitz, Eberhard (Begr.)
/ Hilf, Meinhard (Fortf.)
/ Nettesheim, Martin (Hrsg.)
Das Recht der Europäischen Union
Loseblatt, 40. Ergänzungslieferung, München Oktober 2009
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Grabitz/Hilf/EU-Recht*
- Greiling, Michael
/ Dudek, Matthias
Schnittstellenmanagement in der Integrierten Versorgung: Eine
Analyse der Informations- und Dokumentationsabläufe
1. Auflage, Stuttgart 2009
zitiert: *Greiling/Dudek*, *Schnittstellenmanagement*
- Greulich, Sven
Geschäftsführerhaftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende

/ Bunnemann, Jan	Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 II 3 GmbHG-RefE – Solvenzttest im deutschen Recht? <i>in: NZG 2006, S. 680 ff.</i>
Greulich, Sven	Neues zum Gläubigerschutz bei der Societas Privata Europaea <i>in: Der Konzern 2009, S. 229 ff.</i>
Greulich, Sven / Rau, Thomas	Zum fakultativen Solvenzttest für die Societas Privata Europaea <i>in: DB 2008, S. 2691 ff.</i>
Greulich, Sven / Rau, Thomas	Zur Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsleiters einer Auslandsgesellschaft mit Inlandsverwaltungssitz <i>in: NZG 2008, S. 565 ff.</i>
Grobecker, Wolfgang	Implied Terms und Treu und Glauben – Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive Berlin 1999 zitiert: <i>Grobecker, Implied Terms</i>
Gros, Sébastien	Die Leitungshaftung in der französischen société à responsabilité limitée (SARL) und in der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) : eine rechtsvergleichende Untersuchung Frankfurt 2008 zitiert: <i>Gros, Leitungshaftung</i>
Gross, Bernd / Schork, Alexander T.	Strafbarkeit des directors einer Private Company Limited by Shares wegen verspäteter Insolvenzantragstellung <i>in: NZI 2006, S. 10 ff.</i>
Grote, Matthias	Die Sonderprüfung im Recht der GmbH Frankfurt am Main 2013 zitiert: <i>Grote, Sonderprüfung</i>
Grote, Ralf	Das neue Statut der Europäischen Aktiengesellschaft zwischen europäischem und nationalem Recht Göttingen 1990 zitiert: <i>Grote, SE-Statut zwischen europäischem und nationalem Recht</i>
Grundmann, Stefan	Europäisches Gesellschaftsrecht: Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts 2. Auflage, Heidelberg 2011 zitiert: <i>Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht</i>
Grundmann, Stefan (Hrsg.)	Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Schuldvertragsrecht

1. Auflage, Tübingen 2000
zitiert: *Bearbeiter*, in: Grundmann/Systembildung und Systemlücken
- Gummert, Hans (Hrsg.)
/ Weipert, Lutz (Hrsg.)
Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
Band 1 – BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV
4. Auflage, München 2014
zitiert: *Bearbeiter*, in: HbdGesR
- Gummert, Hans (Hrsg.)
/ Weipert, Lutz (Hrsg.)
/ Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.)
Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
Band 4 – Aktiengesellschaft
3. Auflage, München 2007
zitiert: *Bearbeiter*, in: HbdGesR
- Gutsche, Robert
Ein Plädoyer für die „Euro-GmbH“
in: Erle, Bernd (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.) / Kleindiek, Detlef (Hrsg.) / Krieger, Gerd (Hrsg.), Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Schubel, Christian (Hrsg.), Schwab, Martin (Hrsg.), Teichmann, Christoph (Hrsg.), Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 285 ff.
zitiert: *Gutsche*, in: FS Hommelhoff
- Habersack, Mathias
Aufsteigende Kredite nach MoMiG
in: Spindler, Wolfgang (Hrsg.) / Tipke, Klaus (Hrsg.) Rödder, Thomas (Hrsg.), Steuerzentrierte Rechtsberatung – Festschrift für Harald Schaumburg, Köln 2009, S. 1291 ff.
zitiert: *Habersack*, in: FS Schaumburg
- Habersack, Mathias
Das Konzernrecht der „deutschen“ SE
in: ZGR 2003, S. 724 ff.
- Habersack, Mathias
/ Verse, Dirk A.
Europäisches Gesellschaftsrecht
4. Auflage, München 2011
zitiert: *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht
- Habersack, Mathias
Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel - Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union
in: NZG 2004, S. 1 ff.
- Habersack, Mathias
Verdeckte Sacheinlage und Hin- und Herzahlen nach dem ARUG – gemeinschaftsrechtlich betrachtet
in: AG 2009, 557-563
- Habersack, Mathias
/ Verse, Dirk A.
Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?

in: ZHR 168 (2004), S. 174 ff.

Habersack, Mathias (Hrsg.)
/ Drinhausen, Florian (Hrsg.)

SE-Recht – mit grenzüberschreitender Verschmelzung
1. Auflage, München 2013
zitiert: *Bearbeiter*, in: Habersack/Drinhausen/SE-Recht

Hadding, Walther
/ Kießling, Erik

Die Europäische Privatgesellschaft (Societas Privata Europaea –
SPE)
in: WM 2009, S. 145 ff.

Hahn, Dietger (Hrsg.)
/ Kaufmann, Lutz (Hrsg.)

Handbuch Industrielles Beschaffungsmanagement
2. Auflage, Wiesbaden 2002
zitiert: *Bearbeiter*, in: Hahn/Kaufmann/ Beschaffungsmanage-
ment

Hahn, Volker

Grenzüberschreitende Gewinnabführungs- und Beherr-
schungsverträge
in: IPRax 2002, S. 107 ff.

Hannigan, Brenda

Company Law
3. Auflage, New York 2012
zitiert: *Hannigan*, Company Law

Hasselbach, Kai
/ Wicke, Hartmut

Sachausschüttungen im deutschen Aktienrecht
in: NZG 2001, S. 599 ff.

Heidel, Thomas (Hrsg.)

Aktienrecht und Kapitalmarktrecht
4. Auflage, Baden-Baden 2014
zitiert: *Bearbeiter*, in: Heidel/Aktienrecht

Heidel, Thomas (Hrsg.)
/ Hüßtege, Rainer (Hrsg.)
/ Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.)
/ Noack, Ulrich (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch
Band 1: Allgemeiner Teil und EGBGB
2. Auflage, Baden-Baden 2011
zitiert: *Bearbeiter*, in: Heidel/Hüßtege/BGB

Heidel, Thomas (Hrsg.)
/ Schall, Alexander (Hrsg.)

Handelsgesetzbuch – Handkommentar
1. Auflage, Baden-Baden 2011
zitiert: *Bearbeiter*, in: Heidel/Schall/HGB

Heigl, Norbert J.

Konflikte verstehen und steuern
1. Auflage, Wiesbaden 2014
zitiert: *Heigl*, Konflikte

Heinz, Volker G.
/ Hartung, Wilhelm

Die englische Limited
3. Auflage, Baden-Baden 2011
zitiert: *Bearbeiter*, in: Heinz/Hartung/Limited

Hellwig, Hans-Jürgen

Gemeinschaftsrechtliche Probleme der deutschen Unterneh-

/ Behme, Caspar	mensmitbestimmung <i>in</i> : AG 2009, S. 261 ff.
Helms, Dietmar	Die europäische Privatgesellschaft: rechtliche Strukturen und Regelungsprobleme einer supranationalen Gesellschaft des Gemeinschaftsrechts Köln 1998 zitiert: <i>Helms</i> , EPG
Helms, Dietmar	Die Societas Privata Europaea (SPE) – Zur Weiterentwicklung des Ursprungskonzepts im Wandel der Zeit <i>in</i> : Erle, Bernd (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.) / Kleindiek, Detlef (Hrsg.) / Krieger, Gerd (Hrsg.), Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Schubel, Christian (Hrsg.), Schwab, Martin (Hrsg.), Teichmann, Christoph (Hrsg.), Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 369 ff. zitiert: <i>Helms</i> , <i>in</i> : FS Hommelhoff
Hennrichs, Joachim / Pöschke, Moritz	Die Bedeutung der IFRS für die Auslegung und Anwendung des (Konzern-)Bilanzrechts nach dem BilMoG <i>in</i> : Der Konzern 2009, S. 532 ff.
Hennrichs, Joachim	IFRS und Mittelstand – Auswirkungen der GmbH-Reform auf die Zukunft der Kapitalerhaltung <i>in</i> : ZGR 2008, S. 361 ff.
Hennrichs, Joachim	Kapitalschutz bei GmbH, UG (haftungsbeschränkt) und SPE <i>in</i> : NZG 2009, S. 921 ff.
Henssler, Martin / Strohn, Lutz	Gesellschaftsrecht – BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, UmwG, GenG, IntGesR 2. Auflage, München 2014 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in</i> : Henssler/Strohn/Gesellschaftsrecht
Herrler, Sebastian / Reymann, Christoph	Die Neuerungen im Aktienrecht durch das ARUG – Unter be- sonderer Berücksichtigung der Neuregelungen zur Hauptver- sammlung und zur Kapitalaufbringung bei der AG – <i>in</i> : DNotZ 2009, S. 914 ff.
Herrler, Sebastian	Erfüllung der Einlageschuld und entgeltliche Dienstleistungen durch Aktionäre <i>in</i> : NZG 2011, S. 407 ff.
Herzig, Norbert	Perspektiven der Ermittlung, Abgrenzung und Übermittlung des steuerlichen Gewinns <i>in</i> : DB 2012, S. 1 ff.
Hess, Harald	Insolvenzrecht – Großkommentar in zwei Bänden

2. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2013
zitiert: *Hess*, InsR
- Hirschfeld, Sven
Die niederländische "bv" nach dem Gesetz zur Vereinfachung und Flexibilisierung des bv-Rechts (flex-bv)
in: RIW 2013, S. 134 ff.
- Hirte, Heribert
Die „Große GmbH-Reform“ – Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)
in: NZG 2008, S. 761 ff.
- Hirte, Heribert
Die Europäische Aktiengesellschaft
in: NZG 2002, S. 1 ff.
- Hirte, Heribert
/ Bückner, Thomas
Grenzüberschreitende Gesellschaften – Ein Praxishandbuch
2. Auflage, Köln / Berlin / München 2006
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Hirte/Bückner/Grenzüberschreitende Gesellschaften
- Hirte, Heribert
Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)
in: ZInsO 2008, S. 689 ff.
- Hirte, Heribert
/ Mock, Sebastian
Wohin mit der Insolvenzantragspflicht?
in: ZIP 2005, S. 474 ff.
- Höffler, Jürgen
Die Gestaltungsfreiheit im deutschen und europäischen Genossenschaftsrecht
Frankfurt am Main 2013
zitiert: *Höffler*, Gestaltungsfreiheit
- Hoffmann, Jochen
Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber
in: ZIP 2007, S. 1581 ff.
- Hoffmann-Becking, Michael
Gibt es das Konzerninteresse?
in: Erle, Bernd (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.) / Kleindiek, Detlef (Hrsg.) / Krieger, Gerd (Hrsg.), Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Schubel, Christian (Hrsg.), Schwab, Martin (Hrsg.), Teichmann, Christoph (Hrsg.), Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 433 ff.
zitiert: *Hoffmann-Becking*, *in*: FS Hommelhoff
- Hoffmann-Becking, Michael
(Hrsg.)
Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht

- / Rawert, Peter (Hrsg.) 11. Auflage, München 2013
zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck'sches Formularbuch Wi-Recht
- Höh, Reimund Marc von der Die Kompetenzverteilung in der GmbH und EPG
München 2008
zitiert: *von der Höh*, Kompetenzverteilung
- Hölters, Wolfgang (Hrsg.) Aktiengesetz – Kommentar
2. Auflage, München 2014
zitiert: *Bearbeiter*, in: Hölters/AktG
- Hommelhoff, Peter Auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft (SPE)
/ Teichmann, Christoph in: DStR 2008, S. 925 ff.
- Hommelhoff, Peter Bundesrat bremst Europa-GmbH: Erwiderung auf seine Stellungnahme zum SPE-Verordnungsvorschlag
/ Teichmann, Christoph in: GmbHR 2009, S. 36 ff.
- Hommelhoff, Peter Der SPE-Formwechsel nach dem schwedischen Kompromissvorschlag
/ Teichmann, Christoph in: Grundmann, Stefan (Hrsg.) / Haar, Brigitte (Hrsg.) / Merkt, Hanno (Hrsg.) / Mülbert, Peter O. (Hrsg.) / Wellenhofer, Marina (Hrsg.) / Baum, Harald (Hrsg.) / von Hein, Jan (Hrsg.) / von Hippel, Thomas (Hrsg.) / Pistor, Katharina (Hrsg.), Roth, Markus (Hrsg.) / Schweizer, Heike (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 – Unternehmen, Markt und Verantwortung, Band 1, Berlin / New York 2010, S. 849 ff.
zitiert: *Hommelhoff/Teichmann*, in: FS Hopt
- Hommelhoff, Peter Die Gesetzgebungsinitiative des Europäischen Parlaments zur Europäischen Privatgesellschaft
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Rawert, Peter (Hrsg.) / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S. 245 ff.
zitiert: *Hommelhoff*, in: FS Priester
- Hommelhoff, Peter Die qualifizierte faktische Unternehmensverbindung – ihre Tatbestandsmerkmale nach dem TBB-Urteil und deren rechtsdogmatisches Fundament
in: ZGR 1994, S. 395 ff.
- Hommelhoff, Peter Die Societas Privata Europaea: wird der Gipfel mit Ungarn erreicht?
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Schubel, Christian (Hrsg.) / Teichmann, Christoph (Hrsg.), Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, S. 23 ff.

- zitiert: *Hommelhoff*, in: ders./Schubel/Teichmann/SPE
- Hommelhoff, Peter
/ Teichmann, Christoph Die SPE vor dem Gipfelsturm – Zum Kompromissvorschlag der schwedischen EU-Ratspräsidentschaft
in: GmbHR 2010, S. 337 ff.
- Hommelhoff, Peter Die Unternehmensgruppe im Europäischen Binnenmarkt
in: Habersack, Matthias (Hrsg.) / Huber, Karl (Hrsg.) / Spindler, Gerald (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Stolz zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 287 ff.
zitiert: *Hommelhoff*, in: FS Stolz
- Hommelhoff, Peter
/ Freudenberg, Rainer Die Unternehmenskrise im SPE-Konzern
in: Flitsch, Michael (Hrsg.) / Hagebusch, Alfred (Hrsg.) / Oberle, Thomas (Hrsg.) / Seagon, Christopher (Hrsg.) / Schreiber, Werner (Hrsg.), Festschrift für Jobst Wellensiek zum 80. Geburtstag, München 2011, S. 461 ff.
zitiert: *Hommelhoff/Freudenberg*, in: FS Wellensiek
- Hommelhoff, Peter Die vereinfachte Einmann-Gesellschaft (SMC): Eine Alternative zur SPE?
in: AG 2013, S. 211 ff.
- Hommelhoff, Peter
/ Teichmann, Christoph Die Wiederbelebung der SPE
in: GmbHR 2014, S. 177 ff.
- Hommelhoff, Peter
/ Teichmann, Christoph Eine GmbH für Europa: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Societas Privata Europaea (SPE)
in: GmbHR 2008, S. 897 ff.
- Hommelhoff, Peter Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft
in: AG 2001, S. 279 ff.
- Hommelhoff, Peter Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen neu zu regeln?
Gutachten G für den 59. Deutschen Juristentag
in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1992, Band I (Gutachten) Teil G/H
München 1992
zitiert: *Hommelhoff*, DJT-Gutachten 1992
- Hommelhoff, Peter Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern
in: ZGR 2012, S. 353 ff.
- Hommelhoff, Peter
/ Lächler, Christoph Förder- und Schutzrecht für den SE-Konzern
in: AG 2014, S. 257 ff.

- Hommelhoff, Peter
Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht
in: Lutter, Marcus (Hrsg.) / Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft Nr. 13, S. 36 ff.
Berlin / New York 1998
zitiert: *Hommelhoff*, in: ZGR-Sonderheft 1998
- Hommelhoff, Peter
Satzungsstrenge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft
in: Habersack, Matthias (Hrsg.) / Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Hüffer, Uwe (Hrsg.) / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 267 ff.
zitiert: *Hommelhoff*, in: FS Ulmer
- Hommelhoff, Peter
/ Teichmann, Christoph
Societas Privata Europaea (SPE) – General Report
in: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 1 ff.
Berlin / Boston 2013
zitiert: *Hommelhoff/Teichmann*, in: ECFR-Special 2013
- Hommelhoff, Peter
Unternehmensfinanzierung in der Europäischen Privatgesellschaft (SPE)
in: ZHR 173 (2009), S. 255 ff.
- Hommelhoff, Peter
/ Freytag, Lars
Wechselseitige Einflüsse von GmbH- und Aktienrecht – (Teil II)
in: DStR 1996, S. 1409 ff.
- Hommelhoff, Peter
Zum Formwechsel bei der Europäischen Privatgesellschaft (SPE)
in: Hilty, Reto M. (Hrsg.) / Drexler, Josef (Hrsg.) / Nordemann, Wilhelm (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb – Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 591 ff.
zitiert: *Hommelhoff*, in: FS Loewenheim
- Hommelhoff, Peter
Zum Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft
in: AG 2003, S. 179 ff.
- Hommelhoff, Peter
Zur SPE-Sitzaufspaltung
in: Altmeppen, Holger (Hrsg.) / Fitz, Hanns (Hrsg.) / Honsell, Heinrich (Hrsg.), Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 269 ff.
zitiert: *Hommelhoff*, in: FS Roth
- Hommelhoff, Peter (Hrsg.)
/ Helms, Dietmar (Hrsg.)
Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft
1. Auflage, Köln 2001
zitiert: *Bearbeiter*, in: Hommelhoff/Helms/Neue Wege in die

EPG

- | | |
|--|---|
| Hopt, Klaus J. | Europäisches Gesellschaftsrecht im Lichte des Aktionsplans der Europäischen Kommission vom Dezember 2012 – Hachenburg-Gedächtnisvorlesung am 26.10.2012 in Mannheim
<i>in</i> : ZGR 2013, S. 165 ff. |
| Hopt, Klaus J. | Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa – Generalbericht
<i>in</i> : Lutter, Marcus (Hrsg.) / Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft Nr. 13, S. 123 ff.
Berlin / New York 1998
zitiert: <i>Hopt</i> , <i>in</i> : ZGR-Sonderheft 1998 |
| Hopt, Klaus J. (Hrsg.)
/ Wiedemann, Herbert (Hrsg.) | Aktiengesetz: Großkommentar
4. Auflage 2012, Band 2, §§ 53a-75
zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in</i> : GK-AktG |
| Hüffer, Uwe (Begr.) | Aktiengesetz
11. Auflage, München 2014
zitiert: <i>Koch</i> , <i>in</i> : Hüffer/AktG |
| Hügel, Hanns F. | Zur Europäischen Privatgesellschaft: Internationale Aspekte, Sitzverlegung, Satzungsgestaltung und Satzungslücken
<i>in</i> : ZHR 173 (2009), S. 309 ff. |
| Hupka, Jan | Der Aktionsplan der EU-Kommission „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance“
<i>in</i> : GWR 2013, S. 59 ff. |
| Ipsen, Knut (Hrsg.) | Völkerrecht: Ein Studienbuch
6. Auflage, München 2014
zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in</i> : Ipsen/Völkerrecht |
| Isiki, Yassine | Die Societas Privata Europaea (SPE) im Vergleich zur deutschen GmbH: Eine ungewisse Zukunft
München 2013
zitiert: <i>Isiki</i> , SPE |
| Jaecks, Jörg
/ Schönborn, Ansgar | Die Europäische Aktiengesellschaft, das Internationale und das deutsche Konzernrecht
<i>in</i> : RiW 2003, S. 254 ff. |
| Jannott, Dirk (Hrsg.)
/ Frodermann, Jürgen (Hrsg.) | Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft - Societas Europaea: Eine umfassende und detaillierte Darstellung für die Praxis unter Berücksichtigung sämtlicher Mitgliedstaaten der EU und des EWR
2. Auflage, Heidelberg 2014 |

- zitiert: *Bearbeiter*, in: Jannott/Frodermann/SE-Handbuch
- Jung, Stefanie Das Kapitalerhaltungssystem der SPE und seine Probleme
in: EWS 2012, S. 25 ff.
- Jung, Stefanie Die „schwedische“ Societas Privata Europaea
in: BB 2010, S. 1233 ff.
- Jung, Stefanie Die Kapitalaufbringung in der SPE
in: EuZW 2012, S. 129 ff.
- Jung, Stefanie Die Kapitalverfassung der Societas Privata Europaea (SPE)
Münster 2014
zitiert: *Jung*, Kapitalverfassung
- Jung, Stefanie Die Societas Privata Europaea (SPE): Eine Analyse der geplanten Rechtsform
Zweibrücken, 2009
zitiert: *Jung*, SPE
- Jung, Stefanie Welche SPE braucht Europa? – Eine Analyse und Bewertung der Verordnungsentwürfe von Kommission, Parlament und Präsidentschaft im Hinblick auf die Kapitalverfassung
in: DStR 2009, S. 1700 ff.
- Jungkurth, Frank Konzernleitung bei der GmbH – Die Pflichten des Geschäftsführers
Berlin 2000
zitiert: *Jungkurth*, Konzernleitung bei der GmbH
- Just, Clemens Anmerkung zu LG Kiel, Urteil vom 20. April 2006 – Az. 10 S 44/05
in: ZIP 2006, S. 1248 ff.
- Just, Clemens Die englische Limited in der Praxis – Einschließlich Ltd. & Co. KG und Umwandlung, mit Formularteil
4. Auflage, München 2012
zitiert: *Just*, Limited
- Kalss, Susanne Der Gläubigerschutz in der SPE nach dem Kompromissvorschlag Schwedens
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Schubel, Christian (Hrsg.) / Teichmann, Christoph (Hrsg.), Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, S. 133 ff.
zitiert: *Kalss*, *in*: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE
- Kalss, Susanne Ein Schritt zu einem europäischen Konzernrecht

in: EuZW 2013, S. 361 ff.

- Keidel, Theodor (Begr.)
/ Engelhardt, Helmut (Hrsg.)
/ Sternal, Werner (Hrsg.)
FamFG: Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
18. Auflage, München 2014
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Keidel/FamFG
- Kieninger, Eva-Maria
Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt
Tübingen, 2002
zitiert: *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen
- Kindler, Peter
Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH
in: EuZW 2012, S. 888 ff.
- Kindler, Peter
Die sachliche Rechtfertigung des aktienrechtlichen Bezugsrechtsausschlusses im Lichte der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft
in: ZHR 158 (1994), S. 339 ff.
- Kindler, Peter
GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf grenzüberschreitend strukturierte Kapitalgesellschaften
in: AG 2007, S. 721 ff.
- Kindler, Peter
Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen
in: IPRax 2009, S. 189 ff.
- Kirchhof, Hans-Peter (Hrsg.)
/ Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.)
/ Stürner, Rolf (Hrsg.)
Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
Band 3: §§ 217-359, Internationales Insolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht
3. Auflage, München 2014
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: MüKo-InsO
- Klett, Sabine
EuGH: Gleichbehandlung inländischer und grenzüberschreitender Umwandlungen
in: GWR 2012, S. 319
- Klöhn, Lars
Supranationale Rechtsformen und vertikaler Wettbewerb der Gesetzgeber im europäischen Gesellschaftsrecht – Plädoyer für ein marktimitierendes Rechtsformangebot der EU
in: RabelsZ 76 (2012), S. 276 ff.
- Klorusová, Ivana
Das Kapitalschutzsystem bei der slowakischen s.r.o. und der Societas Privata Europaea

- in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Schubel, Christian (Hrsg.) / Teichmann, Christoph (Hrsg.), Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, S. 189 ff.*
zitiert: *Klorusová*, *in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE*
- Kneisel, Katharina Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) im Konzern
Frankfurt am Main 2011
zitiert: *Kneisel*, SPE im Konzern
- König, David C.
/ Bormann, Jens „Genuine Link“ und freie Rechtsformwahl im Binnenmarkt
Trendwende bei der Anerkennung von „Scheinauslandsgesellschaften“ durch die VALE-Entscheidung des EuGH?
in: NZG 2012, S. 1241 ff.
- Koutsogianni-Hanke, Christina Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage im Gemeinschafts-
gesellschaftsrecht
Frankfurt am Main 2012
zitiert: *Koutsogianni-Hanke*, Verdeckte Sacheinlage
- Kramer, Christoph Die Organisationsverfassung der Societas Privata Europaea
(SPE)
München 2009
zitiert: *Kramer*, Organisationsverfassung
- Krejci, Heinz Societas Privata Europaea – SPE: Zum Kompromissvorschlag
einer Europäischen Privatgesellschaft
1. Auflage, Wien 2008
zitiert: *Krejci*, SPE
- Krejci, Heinz SPE in spe sine spe creditoribus?
in: Kindler, Peter (Hrsg.) / Koch, Jens (Hrsg.) / Ulmer, Peter (Hrsg.) / Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 501 ff.
zitiert: *Krejci*, *in: FS Hüffer*
- Kronawitter, Martin Öffentliche Unternehmen mit ausländischem Verwaltungssitz
Probleme in der Rechtsaufsicht durch das MoMiG
in: NVwZ 2009, S. 936 ff.
- Kropff, Bruno Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vor-
rang von Konzerninteressen?
in: Bierich, Marcus (Hrsg.) / Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Kropff, Bruno (Hrsg.), Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993 – Unternehmen und Unternehmensführung im Recht, Berlin / New York 1993, S. 517 ff.
zitiert: *Kropff*, *in: FS Semler*

- Kropff, Bruno (Hrsg.)
/ Semler, Johannes (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Band 4 – §§ 118 – 147
3. Auflage, München 2011
zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo-AktG
- Krüger, Wolfgang (Red.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 2 – Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432
6. Auflage, München 2012
zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB
- Krüger, Wolfgang (Red.)
/ Westermann, Harm Peter (Red.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 3 – Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433 – 610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG
6. Auflage, München 2012
zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB
- Kunz, Klaudia
Die Insolvenz der Europäischen Aktiengesellschaft
Frankfurt am Main 1995
zitiert: *Kunz*, Insolvenz der SE
- Kupitz, Frederik
Private Company Limited by Shares - Eine Gegenüberstellung zur GmbH
München 2009
zitiert: *Kupitz*, Limited
- Lächler, Christoph
Das Konzernrecht der Europäischen Gesellschaft (SE) unter besonderer Berücksichtigung der Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, England und Polen
Baden-Baden 2007
zitiert: *Lächler*, SE-Konzernrecht
- Lächler, Christoph
/ Oplustil, Krzysztof
Funktion und Umfang des Regelungsbereichs der SE-Verordnung
in: NZG 2005, 381
- Lanfermann, Georg
/ Richard, Marc
Kapitalschutz in der Europäischen Privatgesellschaft
in: BB 2008, S. 1610 ff.
- Larenz, Karl
/ Canaris, Claus-Wilhelm
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
4. Auflage, Berlin / Heidelberg 2009
zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre
- Latorre, Nuria
Directors' Duties and Liability
in: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 242 ff.
Berlin / Boston 2013
zitiert: *Latorre*, in: ECFR-Special 2013

Lazic, Philipp	Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft Hamburg 2013 zitiert: <i>Lazic</i> , EPG-VO
Leitzen, Mario	Der Umzug von Kapitalgesellschaften und seine registerrechtlichen Folgen <i>in</i> : RNotZ 2011, S. 536 ff.
Leitzen, Mario	Die GmbH mit Verwaltungssitz im Ausland <i>in</i> : NZG 2009, S. 728 ff.
Leuering, Dieter / Rubner, Daniel	Deutsche GmbH mit Verwaltungssitz im Ausland <i>in</i> : NJW-Spezial 2011, S. 463 f.
Levedag, Christian	Die englische Limited im Überblick <i>in</i> : GmbHHR-Sonderheft 2006, S. 5 ff.
Lévi, Aristide	De la „SARL européenne“ à la „Societa Privata Europaea“: Étapes d’un long cheminement – Histoire et souvenirs d’un making of <i>in</i> : Erle, Bernd (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.) / Kleindiek, Detlef (Hrsg.) / Krieger, Gerd (Hrsg.), Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Schubel, Christian (Hrsg.), Schwab, Martin (Hrsg.), Teichmann, Christoph (Hrsg.), Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 661 ff. zitiert: <i>Lévi</i> , <i>in</i> : FS Hommelhoff
Liebscher, Thomas	GmbH-Konzernrecht – Die GmbH als Konzernbaustein 1. Auflage, München 2006 zitiert: <i>Liebscher</i> , GmbH-Konzernrecht
Lohn, Stefan	Grenzüberschreitende Unternehmensverträge in Europa – Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Implikationen grenzüberschreitender Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge am Beispiel Deutschland - England Hamburg 2010 zitiert: <i>Lohn</i> , Unternehmensverträge
Lorz, Rainer (Hrsg.) / Pfisterer, Benedikt (Hrsg.) / Gerber, Olaf (Hrsg.)	Beck’sches Formularbuch GmbH-Recht 10. Auflage, München 2010 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in</i> : Beck’sches Formularbuch GmbH-Recht
Lutter, Marcus / Bayer, Walter / Schmidt, Jessica	Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht - Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien 5. Auflage, Berlin 2012 zitiert: <i>Lutter/Bayer/Schmidt</i> , EU-UKR

- Lutter, Marcus
Mißglückte Rechtsangleichung: das Chaos der Ein-Personen-Gesellschaft in Europa
in: Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, Köln 1996, S. 81 ff.
zitiert: *Lutter*, *in*: FS Bandner
- Lutter, Marcus
/ Gehling, Christian
Verdeckte Sacheinlagen – Zur Entwicklung der Lehre und zu den europäischen Aspekten
in: WM 1989, S. 1445 ff.
- Lutter, Marcus
Zum Umfang der Bindung durch Richtlinien
in: Due, Ole (Hrsg.) / Lutter, Marcus (Hrsg.) / Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 765 ff.
zitiert: *Lutter*, *in*: FS Everling
- Lutter, Marcus (Hrsg.)
Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland
1. Auflage, Köln 2005
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Lutter/Europäische Auslandsgesellschaften
- Lutter, Marcus (Hrsg.)
/ Hommelhoff, Peter (Hrsg.)
GmbH-Gesetz: Kommentar
18. Auflage, Köln 2012
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Lutter/Hommelhoff/GmbHG
- Lutter, Marcus (Hrsg.)
/ Scheffler, Eberhard (Hrsg.)
/ Schneider, Uwe H. (Hrsg.)
Handbuch der Konzernfinanzierung
1. Auflage, Köln 1998
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: HBdKF
- Lutter, Marcus (Hrsg.)
/ Hommelhoff, Peter (Hrsg.)
SE Kommentar: SEVO, SEAG, SEBG, Steuerrecht
1. Auflage, Köln 2008
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Lutter/Hommelhoff/SE-Kommentar
- Mankowski, Peter
Anmerkung zu OLG Köln, Urteil v. 28. September 2010, Az. 18 U 3/10
in: NZI 2010, S. 1004
- Manz, Gerhard (Hrsg.)
/ Mayer, Barbara (Hrsg.)
/ Schröder, Albert (Hrsg.)
Europäische Aktiengesellschaft – SE
2. Auflage, Baden-Baden 2010
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar
- Martens, Jan Henning
Managementstrukturen in der SPE
Frankfurt am Main 2013
zitiert: *Martens*, Managementstrukturen
- Maschke, Clemens
Die Societas Privata Europaea im Rahmen von Unternehmens-transaktionen

in: BB 2011, S. 1027 ff.

- Maschke, Clemens
Gläubigerschutz im Recht der Societas Privata Europaea in seiner gesetzgeberischen Entwicklung
Baden-Baden 2010
zitiert: *Maschke*, Gläubigerschutz
- Maul, Silja
/ Röhricht, Victoria
Die Europäische Privatgesellschaft – Überblick über eine neue supranationale Rechtsform
in: BB 2008, S. 1574 ff.
- Maul, Silja
/ Schmidt, Claudia
Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?
in: BB 2003, S. 2297 ff.
- Maul, Silja
Konzernrecht der „deutschen“ SE – Ausgewählte Fragen zum Vertragskonzern und den faktischen Unternehmensverbindungen
in: ZGR 2003, S. 743 ff.
- Meilicke, Wienand
Das Eigenkapitalersatzrecht – eine deutsche Fehlentwicklung
in: GmbHR 2007, S. 225 ff.
- Meller, David
Der institutionelle Gläubigerschutz in der Europäischen Privatgesellschaft (SPE)
Frankfurt am Main 2010
zitiert: *Meller*, Gläubigerschutz
- Michalski, Lutz (Hrsg.)
Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)
2. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Michalski/GmbHG
- Mock, Sebastian
Die Europäische Genossenschaft
in: GPR 2004, S. 213 ff.
- Mock, Sebastian
Gläubigerschutz in der Europäischen Privatgesellschaft zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht
in: Der Konzern 2008, S. 539 ff.
- Mock, Sebastian
Insolvency of the European Private Company (SPE)
in: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 348 ff.
Berlin / Boston 2013
zitiert: *Mock*, *in*: ECFR-Special 2013
- Mock, Sebastian
/ Schildt, Charlotte
Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland

	<i>in: ZInsO 2003, S. 396 ff.</i>
Mörsdorf, Oliver / Jopen, Christian	Anmerkung zur Vale-Entscheidung des EuGH <i>in: ZIP 2012, S. 1398 ff.</i>
Mörsdorf, Oliver	Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt – eine Zwischenbilanz <i>in: EuZW 2009, S. 97 ff.</i>
Mosch, Jan Christoph	Kapitalschutz ohne Kapital – Die Haftung der Gesellschafter am Beispiel der englischen Private Limited Company und der Europäischen Privatgesellschaft (EPG/SPE) bei IFRS-Bilanzierung Berlin 2013 zitiert: <i>Mosch</i> , Kapitalschutz ohne Kapital
Möslein, Florian	Europäische Zertifizierung mitgliedstaatlichen GmbH-Rechts – Eine „dritte“ Spur zwischen Harmonisierung und supranationalen Rechtsformen? <i>in: ZHR 176 (2012), S. 470 ff.</i>
Müller, Hans-Friedrich	Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Insolvenzplan <i>in: KTS 2012, S. 419 ff.</i>
Müller, Hans-Friedrich	Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz <i>in: NZG 2003, S. 414 ff.</i>
Müller, Hilmar	Gläubigerschutz bei der Limited Company mit Verwaltungssitz in Deutschland Frankfurt am Main, 2010 zitiert: <i>Müller</i> , Gläubigerschutz
Müller, Welf (Hrsg.) / Winkeljohann, Norbert (Hrsg.)	Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht 5. Auflage, München 2014 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in: Beck'sches GmbH-HB</i>
Münch, Stefan / Franz, Alexander	Die passende Rechtsform für deutsche Unternehmen im Ausland – Ausländische Rechtsform, deutsche Rechtsform, Zweigniederlassung oder „Europa-GmbH“ (SPE)? <i>in: BB 2010, S. 2707 ff.</i>
Nachtwey, Jörg	Das anwendbare Bilanzrecht für die doppelansässige Europäische Privatgesellschaft zwischen Unions- und Internationalem Privatrecht Baden-Baden 2011 zitiert: <i>Nachtwey</i> , Bilanzrecht

Nagel, Bernhard	Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland – der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz <i>in</i> : NZG 2004, S. 833 ff.
Natterer, Joachim	Bezugsrechtsausschluss und zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie <i>in</i> : ZIP 1995, S. 1481 ff.
Navez, Edouard Jean	The Internal Organisation of the European Private Company: Freedom of Contract under National Constraints? <i>in</i> : Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 147 ff. Berlin / Boston 2013 zitiert: <i>Navez</i> , in: ECFR-Special 2013
Neville, Mette	Shareholders Conflicts in the European Private Company <i>in</i> : Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 193 ff. Berlin / Boston 2013 zitiert: <i>Neville</i> , in: ECFR-Special 2013
Neville, Mette	The European Private Company (Societas Privata Europaea) – some regulatory reflections <i>in</i> : Erle, Bernd (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.) / Kleindiek, Detlef (Hrsg.) / Krieger, Gerd (Hrsg.), Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Schubel, Christian (Hrsg.), Schwab, Martin (Hrsg.), Teichmann, Christoph (Hrsg.), Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 835 ff. zitiert: <i>Neville</i> , in: FS Hommelhoff
Neye, Hans-Werner	Die Europäische Privatgesellschaft – Uniformes Recht ohne Harmonisierungsgrundlage? <i>in</i> : Kindler, Peter (Hrsg.) / Koch, Jens (Hrsg.) / Ulmer, Peter (Hrsg.) / Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 717 ff. zitiert: <i>Neye</i> , in: FS Hüffer
Niehus, Rudolf J.	Nahestehende Personen nach dem BilMoG – Anhangsangaben mit brisanten steuerlichen Auswirkungen <i>in</i> : DStR 2008, S. 2280 ff.
Nirk, Rudolf (Hrsg.) / Ziemons, Hildegard (Hrsg.) / Binnewies, Burkhardt (Hrsg.)	Handbuch der Aktiengesellschaft – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht Köln, Loseblatt, 67. Ergänzungslieferung, Stand Dezember 2014 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Nirk u. a./Handbuch der AG

- Nodoushani, Manuel
Die Haftung des faktischen Aktionärs beim Empfang verbotener Leistungen
in: NZG 2008, S. 291 ff.
- Oplustil, Krzysztof
Gründung der Societas Privata Europaea
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Schubel, Christian (Hrsg.) / Teichmann, Christoph (Hrsg.), Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, S. 63 ff.
zitiert: *Oplustil*, *in*: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE
- Oppenländer, Frank (Hrsg.)
/ Trölitzsch, Thomas (Hrsg.)
Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung
2. Auflage, München 2011
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Oppenländer/Trölitzsch/GmbH-Geschäftsführung
- Oser, Peter
/ Milanova, Elitsa
Aufstellungspflicht und Abgrenzung des Konsolidierungskreises – Rechtsvergleich zwischen HGB/DRS 19 und dem neuen IFRS 10
in: BB 2011, S. 2027 ff.
- Osterloh-Konrad, Christine
Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach „Trihotel“
in: ZHR 172 (2008), S. 274 ff.
- Otte, Sabine
Folgen der Trennung von Verwaltungs- und Satzungssitz für die gesellschaftsrechtliche Praxis
in: BB 2009, S. 344 ff.
- Paefgen, Walter G.
„Cartesio“: Niederlassungsfreiheit minderer Güte - Zum Urteil des EuGH vom 16.12.2008 („Cartesio“)
in: WM 2009, S. 223 ff.
- Palandt, Otto (Begr.)
Bürgerliches Gesetzbuch : mit Nebengesetzen ; insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I- und Rom II-Verordnungen sowie dem Haager UnterhaltsProtokoll, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz
74. Auflage, München 2015
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Palandt/BGB
- Pannen, Klaus (Hrsg.)
Europäische Insolvenzordnung – Kommentar
1. Auflage, Berlin 2007
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Pannen/EuInsVO

Pelka, Jürgen (Hrsg.) / Niemann, Walter (Hrsg.)	Beck'sches Steuerberaterhandbuch 2013/2014 14. Auflage, München 2014 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Pelka/Niemann/StB-HB
Pentz, Andreas	Die verdeckte Sacheinlage im GmbH-Recht nach dem MoMiG <i>in</i> : Bitter, Georg (Hrsg.) / Lutter, Marcus (Hrsg.) Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Schön, Wolfgang (Hrsg.) / Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 1265 ff. zitiert: <i>Pentz</i> , in: FS K. Schmidt
Peter O. Mülbert	Kapitalschutz und Gesellschaftszweck in der Aktiengesellschaft <i>in</i> : Schneider, Uwe H. (Hrsg.) / Hommelhoff, Peter (Hrsg.) Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, S. 535 ff. zitiert: <i>Mülbert</i> , in: FS Lutter
Peters, Carsten / Wüllrich, Philipp	Gesellschaftsrechtliche Einigung Europas durch die Societas Privata Europaea (SPE) <i>in</i> : DB 2008, S. 2179 ff.
Peters, Carsten / Wüllrich, Philipp	Grenzenlose gesellschaftsrechtliche Flexibilität – die Societas Privata Europaea (SPE) <i>in</i> : NZG 2008, S. 807 ff.
Peters, Carsten	Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland – Aufgabe der Sitztheorie durch das MoMiG? <i>in</i> : GmbHR 2008, S. 245 ff.
Pfennig, Jörn	Gläubigerschutz bei der Europäischen Privatgesellschaft Baden-Baden 2011 zitiert: <i>Pfennig</i> , Gläubigerschutz
Piepenbrock, Andreas	Das ESUG – fit für Europa? <i>in</i> : NZI 2012, S. 905 ff.
Pläster, Sebastian	Mitgliedschaftliche Treuepflicht in der GmbH, der Limited und im Statut der Europäischen Privatgesellschaft – Exempel für eine unionsrechtsautonome Lückenfüllung durch „europäische Gesellschaftsrechtsgrundsätze“ Baden-Baden 2013 zitiert: <i>Pläster</i> , Treuepflicht
Plewka, Harald	Die Entwicklung des Steuerrechts <i>in</i> : NJW 2011, S. 579 ff.
Potacs, Michael	Effet utile als Auslegungsgrundsatz

in: EuR 2009, S. 465 ff.

- Priester, Hans-Joachim Uneingeschränkter Verlustausgleich – zwingende Folge qualifizierter Konzernherrschaft?
in: Bierich, Marcus (Hrsg.) / Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Kropff, Bruno (Hrsg.), Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993 – Unternehmen und Unternehmensführung im Recht, Berlin / New York 1993, S. 561 ff.
zitiert: *Priester*, *in: FS Semler*
- Quinke, David Schiedsklauseln in SPE-Satzungen
in: GmbHR 2011, Heft 11, R168
- Raiser, Ludwig Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung
in: Raiser, Ludwig (Hrsg.) / Sauermann, Heinz (Hrsg.) / Schneider, Erich (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Berlin 1964, S. 51 ff.
zitiert: *Raiser*, *in: ders./Sauermann/Schneider/Konzernbildung*
- Rajak, Harry Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht des Vereinigten Königreichs
in: Lutter, Marcus (Hrsg.) / Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft Nr. 13, S. 187 ff.
Berlin / New York 1998
zitiert: *Rajak*, *in: ZGR-Sonderheft 1998*
- Rammeloo, Stephan The Proposed SPE Regulation and Beyond - Complementary Functions of Private International Law
in: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 99 ff.
Berlin / Boston 2013
zitiert: *Rammeloo*, *in: ECFR-Special 2013*
- Recq, Jean-Gabriel
/ Smyrek, Daniel Sven Die französische S.A.R.L.
in: GmbHR-Sonderheft 2006, S. 54 ff.
- Reflection Group
(former Reflection Group) Response to the European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance
in: ECFR 2013, pp. 304 et seqq.
- Reichert, Jochem (Hrsg.) GmbH & Co. KG
7. Auflage, München 2015
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Reichert/GmbH & Co. KG*

- Reuß, Philipp M. Europäisches Insolvenzrecht 3.0 oder doch nur Version 1.1? – Der Vorschlag der Kommission vom 12. 12. 2012 zur Reform der Europäischen Insolvenzverordnung
in: EuZW 2013, S. 165 ff.
- Richter, Lutz
/ Braun, Stephan Eignung einer britischen Limited mit Geschäftsleitung in Deutschland als Organgesellschaft? – Eine kritische Analyse unter Berücksichtigung des BMF-Schreibens vom 28. März 2011
in: GmbHR 2012, S. 18 ff.
- Ries, Peter Societas Unius Personae – cui bono? Eine Anmerkung eines deutschen Registerrichters
in: NZG 2014, S. 569 f.
- Riesenhuber, Karl (Hrsg.) Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis
3. Auflage, Berlin 2014
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Riesenhuber/Methodenlehre*
- Ringe, Wolf-Georg Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft
Tübingen 2006
zitiert: *Ringe, Sitzverlegung*
- Ringe, Wolf-Georg
/ Willemer, Charlotte Zur Anwendung von § 64 GmbHG auf eine englische Limited
in: NZG 2010, S. 56 ff.
- Roesener, Astrid Das Warten auf Aktion: Der Aktionsplan zum Europäischen Gesellschaftsrecht und die Societas Privata Europaea
in: NZG 2013, S. 214 ff.
- Roth, Günter H. Das Ende der Briefkastengründung? – Vale contra Centros
in: ZIP 2012, S. 1744 f.
- Roth, Günter H.
/ Altmeyden, Holger Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar
7. Auflage, München 2012
zitiert: *Bearbeiter*, *in: Roth/Altmeyden/GmbHG*
- Rubner, Daniel
/ Leuering, Dieter Grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes
in: NJW-Spezial 2012, S. 527 ff.
- Rüthers, Bernd
/ Fischer, Christian
/ Birk, Axel Rechtstheorie – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts
7. Auflage, München 2013
zitiert: *Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie*
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)
/ Rixecker, Roland (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 5 – Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705 – 853, Part-

/ Habersack, Mathias (Red.)	nerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz 6. Auflage, München 2013 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo-BGB
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.) / Rixecker, Roland (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10 – Internationales Privatrecht, Rom-I-Verordnung, Rom-II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Ge- setzbuche (Art. 1-24) 6. Auflage, München 2015 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: MüKo-BGB
Saenger, Ingo (Hrsg.) / Aderhold, Lutz (Hrsg.) / Lenkaitis, Karlheinz (Hrsg.) / Speckmann, Gerhard (Hrsg.)	Handels- und Gesellschaftsrecht – Praxishandbuch 2. Auflage, Baden-Baden 2011 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Saenger/Aderhold/Handels- und Gesell- schaftsrecht
Salomon, Pascal Alexander	Regelungsaufträge in der Societas Privata Europaea - Einfüh- rung in eine neue Rechtsform unter besonderer Berücksichti- gung des Gesetzgebungsinstruments des Regelungsauftrags Frankfurt am Main 2010 zitiert: <i>Salomon</i> , Regelungsaufträge
Sandrock, Otto (Hrsg.) / Wetzler, Christoph F. (Hrsg.)	Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsord- nungen – Nach Centros, Überseering und Inspire Art 1. Auflage, Heidelberg 2004 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Sandrock/Wetzler/Gesellschaftsrecht im Wettbewerb
Schäfer, Carsten	Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa - am Beispiel der SE-Gründung <i>in</i> : NZG 2004, S. 785 ff.
Schall, Alexander	Anspruchsgrundlagen gegen Direktoren und Gesellschafter einer Limited nach englischem Recht <i>in</i> : DStR 2006, S. 1229 ff.
Schall, Alexander	Companies Act 1. Auflage, München 2014 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Schall/Companies Act
Schall, Alexander	Deutscher Gläubigerschutz und Europarecht – Lehren aus dem PIN-Fall des BGH <i>in</i> : NJW 2011, S. 3745 ff.
Schall, Alexander	Englischer Gläubigerschutz bei der Limited in Deutschland <i>in</i> : ZIP 2005, S. 965 ff.
Schall, Alexander	Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz: Grund und Grenzen

- der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel
München 2009
zitiert: *Schall*, Gläubigerschutz
- Schanze, Erich
/ Jüttner, Andreas Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“
in: AG 2003, S. 661 ff.
- Schanze, Erich Gesellschaftsherhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB – Die Trihotel-Doktrin des BGH
in: NZG 2007, S. 681 ff.
- Schilf, Sven Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut
Tübingen 2005
zitiert: *Schilf*, Vertragsgrundregeln
- Schluck-Amend, Alexandra Die Insolvenzverursachungshaftung des GmbH-Geschäftsführers
in: Erle, Bernd (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.) / Kleindiek, Detlef (Hrsg.) / Krieger, Gerd (Hrsg.), Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Schubel, Christian (Hrsg.), Schwab, Martin (Hrsg.), Teichmann, Christoph (Hrsg.), Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 961 ff.
zitiert: *Schluck-Amend*, *in*: FS Hommelhoff
- Schmidt, Ingo Grundlagen rechtswissenschaftlichen Arbeitens
in: JuS 2003, S. 649 ff.
- Schmidt, Jessica „Deutsche“ vs. „britische“ Societas Europaea – Gründung, Verfassung, Kapitalstruktur
Jena 2006
zitiert: *Schmidt*, Societas Europaea
- Schmidt, Jessica Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance 2012
in: GmbHR 2013, R33 f.
- Schmidt, Jessica Der Vorschlag für eine Verordnung über die europäische Privatgesellschaft (SPE) - eine europäische Rechtsform speziell für KMU
in: EWS 2008, S. 455 ff.
- Schmidt, Jessica Die GmbH in Deutschland und Europa
in: Bayer, Walter (Hrsg.) / Koch, Elisabeth (Hrsg.), Aktuelles GmbH-Recht – Tagungsband, Baden-Baden 2013, S. 8 ff.
zitiert: *Schmidt*, *in*: Aktuelles GmbH-Recht

Schmidt, Jessica	Insolvenzantragspflicht, Insolvenzverschleppungshaftung und Zahlungsverbot bei der „deutschen“ SE <i>in: NZI 2006, S. 627 ff.</i>
Schmidt, Jessica	Neue Phase der Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts <i>in: GmbHR 2011, R177 f.</i>
Schmidt, Karsten	Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im ESUG-Entwurf <i>in: BB 2011, S. 1603 ff.</i>
Schmidt, Karsten (Hrsg. und Red.)	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 2 – Zweites Buch, Handelsgesellschaften und Stille Gesellschaft, Erster Abschnitt, Offene Handelsgesellschaft §§ 105 – 160 3. Auflage, München 2011 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in: MüKo-HGB</i>
Schmidt, Karsten (Hrsg.) / Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.)	Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz 4. Auflage, Köln 2009 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in: Schmidt/Uhlenbruck/GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz</i>
Schmidtbauer, Katja	Die Rechtlichen Verhältnisse der englischen Private Company Limited by Shares Hamburg 2009 zitiert: <i>Schmidtbauer</i> , <i>Limited</i>
Schneider, Uwe H.	Missbräuchliches Verhalten durch Private Equity <i>in: NZG 2007, S. 888 ff.</i>
Schockenhoff, Martin	Die Auslegung von GmbH- und AG-Satzungen <i>in: ZGR 2013, S. 76 ff.</i>
Schoenemann, Andreas	Die Organisationsverfassung der Societas Privata Europaea Baden-Baden 2014 zitiert: <i>Schoenemann</i> , <i>Organisationsverfassung</i>
Scholz, Franz (Begr.)	Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Anhang Konzernrecht Band 1: §§ 1 – 34, Anh. § 13 Konzernrecht, Anh. § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters 11. Auflage, Köln 2012 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in: Scholz/GmbHG</i>
Scholz, Franz (Begr.)	Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Anhang Konzernrecht Band 2: §§ 37 – 52 11. Auflage, Köln 2014 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in: Scholz/GmbHG</i>

- Scholz, Franz (Begr.) Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Anhang Konzernrecht
Band 3: §§ 53 – 85, Nachtrag MoMiG, §§ 1 - 4 EGGmbHG
11. Auflage, Köln 2015
zitiert: *Bearbeiter*, in: Scholz/GmbHG
- Schön, Wolfgang Deutsches Konzernprivileg und europäischer Kapitalschutz –
ein Widerspruch?
in: Forster, Karl-Heinz (Hrsg.) / Grunewald, Barbara (Hrsg.) /
Lutter, Marcus (Hrsg.) / Semler, Johannes (Hrsg.), Festschrift
für Bruno Kropff – Aktien- und Bilanzrecht, Düsseldorf 1997,
S. 286 ff.
zitiert: *Schön*, in: FS Kropff
- Schön, Wolfgang Die Europäische Kapitalrichtlinie – eine Sanierungsbremse?
in: ZHR 174 (2010), S. 155 ff
- Schön, Wolfgang Das Bild des Gesellschafters im Europäischen Gesellschaftsrecht
in: RabelsZ 64 (2000), S. 1 ff.
- Schön, Wolfgang Gläubigerschutz in der geschlossenen Kapitalgesellschaft
in: Bachmann/Eidenmüller u. a., Rechtsregeln für die geschlos-
sene Kapitalgesellschaft, ZGR-Sonderheft Nr. 18, S. 112 ff.
Berlin / Boston 2012
zitiert: *Schön*, in: ZGR-Sonderheft 2012
- Schubel, Christian Die Binnenorganisation der Societas Privata Europaea
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Schubel, Christian (Hrsg.) /
Teichmann, Christoph (Hrsg.), Societas Privata Europaea (SPE) –
die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unter-
nehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, S. 83 ff.
zitiert: *Schubel*, in: Hommelhoff/ders./Teichmann/SPE
- Schulze, Reiner (Hrsg.) Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis
/ Zuleeg, Manfred (Hrsg.) 3. Auflage, Baden-Baden 2015
/ Kadelbach, Stefan (Hrsg.) zitiert: *Bearbeiter*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Europarecht
- Schumacher, Florian Quo vadis, SPE? – Auf dem Weg zu einer europäischen
/ Stadtmüller, Jonas Gesellschaft nationalen Rechts?
in: GmbHR 2012, S. 682 ff.
- Schüren, Peter (Hrsg.) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Kommentar
4. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, in: Schüren/AÜG-Kommentar
- Schutte-Veenstra, Hanny The European Private Company and Capital Protection
/ Verbrugh, Maarten *in*: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company –
Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 262

- ff.
Berlin / Boston 2013
zitiert: *Schutte-Veenstra/Verbrugh*, in: ECFR-Special 2013
- Schwark, Eberhard (Hrsg.)
/ Zimmer, Daniel (Hrsg.) Kapitalmarktrechts-Kommentar
4. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwark/Zimmer/Kapitalmarktrechts-Kommentar
- Schwarz, Günter Christian Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 1. Februar 2001,
Az. 15 W 390/00
in: NZG 2001, S. 613 f.
- Schwarz, Günter Christian Europäisches Gesellschaftsrecht – Ein Handbuch für Wissen-
schaft und Praxis
1. Auflage, Baden-Baden 2000
zitiert: *Schwarz*, EU-Gesellschaftsrecht
- Schwarz, Günter Christian Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der
Europäischen Gesellschaft (SE): SE-VO – Kommentar
1. Auflage, München 2006
zitiert: *Schwarz*, SE-VO
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)
/ Becker, Ulrich (Hrsg.)
/ Hatje, Armin (Hrsg.)
/ Schoo, Johann (Hrsg.) EU-Kommentar
3. Auflage, Baden-Baden 2012
zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwarze/EU-Kommentar
- Seyr, Sibylle Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des EuGH
Berlin 2008
zitiert: *Seyr*, Effet utile
- Siebel, Ulf R.
/ Gebauer, Stefan Interimsdividende
in: AG 1999, S. 385 ff.
- Siems, Mathias M.
/ Herzog, Leif
/ Rosenhäger, Erik The Protection of Creditors of a European Private
Company (SPE)
in: EBOR (2011), 12, S. 147 ff.
- Skog, Rolf The New Swedish Companies Act
in: AG 2006, S. 238 ff.
- Sonnenberger, Hans Jürgen
(Red.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 11 – Internationales Privatrecht, Internationales Wirt-
schaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
(Art. 25 - 248)
5. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB

- Spahlinger, Andreas (Hrsg.)
/ Wegen, Gerhard (Hrsg.)
Internationales Gesellschaftsrecht
in der Praxis: Kollisions- und Sachrecht wesentlicher Fälle mit
Auslandsberührung, Europäisches Unternehmensrecht,
Wahl der Gesellschaftsform, Corporate Governance, wichtige
ausländische Rechtsformen
1. Auflage, München 2005
zitiert: *Bearbeiter*, in: Spahlinger/Wegen/Int. Gesellschaftsrecht
- Spetzler, Sophie
Insolvenzrechtsreform und Bankenreorganisation
in: KTS 2010, S. 433 ff.
- Spindler, Gerald
/ Berner, Olaf
Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art
in: RIW 2004, S. 7 ff.
- Spindler, Gerald (Hrsg.)
/ Stilz, Eberhard (Hrsg.)
Kommentar zum Aktiengesetz
Band 1 – §§ 1-149 AktG
2. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz/AktG
- Spindler, Gerald (Hrsg.)
/ Stilz, Eberhard (Hrsg.)
Kommentar zum Aktiengesetz
Band 2 – §§ 150-410 AktG, IntGesR, SpruchG, SE-VO
2. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz/AktG
- Staudinger, Julius von (Begr.)
/ Großfeld, Bernhard (Hrsg.)
/ Kropholler, Jan (Red.)
J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Einführungsgesetz
zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Internationales Gesell-
schaftsrecht
14. Auflage, Berlin 1998
zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger/Int.GesR
- Stöber, Michael
Grenzüberschreitende Umwandlungen und ihre Besteuerung
im Lichte der Niederlassungsfreiheit
in: ZIP 2012, S. 1273 ff.
- Stölting, Carsten
Vertragsergänzung und implied terms – Eine rechtsverglei-
chende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts
München 2009
zitiert: *Stölting*, Implied Terms
- Streinz, Rudolf
Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der
Europäischen Gemeinschaften
in: Due, Ole (Hrsg.) / Lutter, Marcus (Hrsg.) / Schwarze, Jürgen
(Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band II, Baden-Baden
1995, S. 1491 ff.
zitiert: *Streinz*, in: FS Everling

Strohn, Lutz	Existenzvernichtungshaftung, §§ 30, 31, 43 GmbHG und § 64 S. 3 GmbHG – Koordinierungsbedarf? <i>in: ZHR 173 (2009), S.589 ff.</i>
Strohn, Lutz	Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz <i>in: NZG 2011, S. 1161 ff.</i>
Süß, Rembert (Hrsg.) / Wachter, Thomas (Hrsg.)	Handbuch des internationalen GmbH-Rechts 2. Auflage, Bonn 2011 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in: Süß/Wachter/HB d. Int. GmbH-Rechts</i>
Tassikas, Apostolos	Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmereiche der EG-Grundfreiheiten Tübingen 2004 zitiert: <i>Tassikas</i> , Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit
Tebben, Joachim	Die Reform der GmbH – das MoMiG in der notariellen Praxis <i>in: RNotZ 2008, 441</i>
Teichmann, Christoph	Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht 1. Auflage, Berlin 2006 zitiert: <i>Teichmann</i> , Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht
Teichmann, Christoph	Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der RS. Vale <i>in: DB 2012, S. 2085 ff.</i>
Teichmann, Christoph	Die Einführung der europäischen Aktiengesellschaft Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber <i>in: ZGR 2002, S. 383 ff.</i>
Teichmann, Christoph	Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft <i>in: RIW 2010, S. 120 ff.</i>
Teichmann, Christoph	Einsatzmöglichkeiten der SPE <i>in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Schubel, Christian (Hrsg.) / Teichmann, Christoph (Hrsg.), Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, S. 39 ff.</i> zitiert: <i>Teichmann</i> , <i>in: Hommelhoff/Schubel/ders./SPE</i>
Teichmann, Christoph	Europäische Privatgesellschaft (SPE) – Pro und Contra <i>in: SR 2008, S. 392</i>
Teichmann, Christoph	Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law <i>in: AG 2013, S. 184 ff.</i>

Teichmann, Christoph	Gesellschaften und natürliche Personen im Recht der europäischen Niederlassungsfreiheit <i>in</i> : Erle, Bernd (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.) / Kleindiek, Detlef (Hrsg.) / Krieger, Gerd (Hrsg.), Priester, Hans-Joachim (Hrsg.), Schubel, Christian (Hrsg.), Schwab, Martin (Hrsg.), Teichmann, Christoph (Hrsg.), Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 1213 ff. zitiert: <i>Teichmann</i> , in: FS Hommelhoff
Teichmann, Christoph	Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit <i>in</i> : ZGR 2011, S. 639 ff.
Teichmann, Christoph	Text of the draft EC Regulation for a European Private Company (SPE) <i>in</i> : European Company Law (ECL) 2006, S. 279 ff.
Teichmann, Christoph	The Law Applicable to the European Private Company <i>in</i> : Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 71 ff. Berlin / Boston 2013 zitiert: <i>Teichmann</i> , in: ECFR-Special 2013
Teichmann, Christoph	Zum Geburtstag viel Buch: Eine Literaturlauslese zum fünften Jahrestag der Societas Europaea (SE) <i>in</i> : GPR 2010, S. 85 ff.
Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.)	Verwaltungsrecht der Europäischen Union 1. Auflage, Baden-Baden 2011 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Terhechte/Verwaltungsrecht
Theisen, Manuel René (Hrsg.) / Wenz, Martin (Hrsg.)	Die Europäische Aktiengesellschaft – Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE) 2. Auflage, Stuttgart 2005 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , in: Theisen/Wenz/SE
Thunen, Sebastian von	Directors' Duty for the Benefit of Creditors – Die Bedeutung der Geschäftsleiterpflicht zur Berücksichtigung der Gläubigerinteressen für den Schutz der Gläubiger einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland Göttingen, 2011 zitiert: <i>von Thunen</i> , Directors' Duty
Tiedemann, Thomas	Die Stellung des zentralen Kontrahenten im deutschen und englischen Effektenhandel: Untersucht am Beispiel der Eurex Clearing AG und LCH.Clearnet

- Norderstedt 2011
zitiert: *Tiedemann*, Effekthandel
- Triebel, Volker
/ Illmer, Martin
/ Ringe, Wolf-Georg
/ Vogenauer, Stefan
/ Ziegler, Katja
Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht
3. Auflage, Frankfurt am Main 2012
zitiert: *Bearbeiter*, in: Triebel/Engl. Handels- und Wirtschaftsrecht
- Tröger, Tobias
/ Dangelmayer, Stephan
Eigenhaftung der Organe für die Veranlassung existenzvernichtender Leitungsmaßnahmen im Konzern
in: ZGR 2011, S. 558 ff.
- Tröger, Tobias
Treupflicht im Konzernrecht
Köln / Berlin / Bonn / München 2000
zitiert: *Tröger*, Treupflicht
- Tschorr, Sophie
Die Verlegung des Satzungssitzes innerhalb der Europäischen Union
Frankfurt am Main 2013
zitiert: *Tschorr*, Verlegung des Satzungssitzes
- Tzakas, Dimitrios-Panagiotis L.
Societas Privata Europaea und Kollisionsrecht – Das Beispiel der Unternehmensleitung
in: ZEuP 2011, S. 756 ff.
- Uffmann, Katharina
Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion
Tübingen 2010
zitiert: *Uffmann*, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion
- Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.)
/ Hirte, Heribert (Hrsg.)
/ Vallender, Heinz (Hrsg.)
InsO – Insolvenzordnung
13. Auflage, München 2010
zitiert: *Bearbeiter*, in: Uhlenbruck/InsO
- Ulmer, Peter
Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften – Zum Verhältnis zwischen gläubigerschützendem nationalem Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrecht und der EG-Niederlassungsfreiheit
in: NJW 2004, S. 1201 ff.
- Ulmer, Peter (Hrsg.)
/ Habersack, Mathias (Hrsg.)
/ Löbbe, Marc (Hrsg.)
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar, Band III – §§ 53 bis 87
1. Auflage, Tübingen 2008
zitiert: *Bearbeiter*, in: Ulmer/GmbHG
- Ulmer, Peter (Hrsg.)
/ Habersack, Mathias (Hrsg.)
/ Löbbe, Marc (Hrsg.)
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar, Band I – Einleitung; §§ 1 bis 28
2. Auflage, Tübingen 2013

zitiert: *Bearbeiter*, in: Ulmer/GmbHG

- Ulrich, Stephan Deutschland lässt SPE scheitern
in: GmbHR 2011, R229
- Ulrich, Stephan Die Societas Privata Europaea – endgültig abgelehnt!
in: GmbHR 2011, R241-R242
- Ulrich, Stephan Ohne Societas Privata Europaea (SPE) in die Zukunft
in: jurisPR-HaGesR 10/2011 v. 25. Oktober 2011
- Vallender, Heinz Die Insolvenz von Scheinauslandsgesellschaften
in: ZGR 2006, S. 425 ff.
- Vanmeenen, Melissa
/ Van Hoe, Arie Shareholders' loans at the crossroads between corporate and
insolvency law – impact of the freedom of establishment on
national insolvency law
in: ILLR 2011, S. 468 ff.
- Veil, Rüdiger Das Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft
in: WM 2003, S. 2169 ff.
- Veil, Rüdiger Das System der Kapitalrichtlinie versus situative Ausschüt-
tungssperren
in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaften
in Europa, ZGR-Sonderheft Nr. 17, S. 91 ff.
Berlin 2006
zitiert: *Veil*, in: ZGR-Sonderheft 2006
- Veil, Rüdiger Rechtsprinzipien und Regelungskonzepte im europäischen Ge-
sellschaftsrecht
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Rawert, Peter (Hrsg.) / Schmidt,
Karsten (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum
70. Geburtstag, Köln 2007, S. 799 ff.
zitiert: *Veil*, in: FS Priester
- Veil, Rüdiger Unternehmensverträge: Organisationsautonomie und Vermö-
gensschutz im Recht der Aktiengesellschaft
Tübingen 2003
zitiert: *Veil*, Unternehmensverträge
- Veil, Rüdiger Zukunftsfragen der Konzernrechtsforschung
in: Bucerius Law School (Hrsg.), Begegnungen im Recht – Ring-
vorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten
Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, Tübingen 2011, S. 21
ff.
zitiert: *Veil*, in: Begegnungen im Recht

Verse, Dirk A.	Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften Tübingen 2006 zitiert: <i>Verse</i> , Gleichbehandlungsgrundsatz
Verse, Dirk A. / Wiersch, Rachid René	Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2013 <i>in</i> : EuZW 2014, S. 375 ff.
von der Groeben, Hans (Hrsg.) / Schwarze, Jürgen (Hrsg.)	Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft 6. Auflage, Baden-Baden 2003 zitiert: <i>Bearbeiter</i> , <i>in</i> : vdGroeben/Schwarze/EUV-EGV-Kommentar
von der Laage, Gudrun / Reusch, Susen	Deutsches Bilanzrecht und IFRS: Gewinnermittlung, Gewinnverwendung im Sinne von Ausschüttungsbemessung und Besteuerung <i>in</i> : NZG 2009, S. 245 ff.
Vossius, Oliver	Die Europäische Privatgesellschaft - Societas Europaea Privata <i>in</i> : EWS 2007, S. 438 ff.
Vossius, Oliver	Gesellschaftsrecht und Freiwillige Gerichtsbarkeit <i>in</i> : ZGR 2009, S. 366 ff.
Wagner, Jens	Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts <i>in</i> : NZG 2002, S. 985 ff.
Wand, Peter / Tillmann, Tobias / Heckenthaler, Stephan	Aufsteigende Darlehen und Sicherheiten bei Aktiengesellschaften nach dem MoMiG und der MPS-Entscheidung des BGH <i>in</i> : AG 2009, S. 148 ff.
Weller, Marc-Philippe	Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikation für die Praxis <i>in</i> : ZIP 2007, S. 1681 ff.
Weller, Marc-Philippe	EuGH: Grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft – VALE <i>in</i> : LMK 2012, Nr. 336113
Weller, Marc-Philippe	Internationale Zuständigkeit für mitgliedschaftsbezogene Klagen nach der Brüssel-I-VO – zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 12.7.2011, II ZR 28/10, NZG 2010, 1114 <i>in</i> : ZGR 2012, S. 606 ff.
Wellhöfer, Werner / Peltzer, Martin	Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer: mit GmbH-Geschäftsführer

- / Müller, Welf
1. Auflage, München 2008
zitiert: *Bearbeiter*, in: Wellhöfer/Peltzer/Müller/Haftung
- Wicke, Hartmut
Corporate Governance-Fragen in der Katelarjurisprudenz kleiner und mittelgroßer Unternehmen
in: ZGR 2012, S. 450 ff.
- Wicke, Hartmut
Eine Mustersatzung für die Societas Privata Europaea?
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Schubel, Christian (Hrsg.) / Teichmann, Christoph (Hrsg.), Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, S. 107 ff.
zitiert: *Wicke*, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE
- Wicke, Hartmut
Grundelemente einer Europäischen Privatgesellschaft
in: GmbHR 2011, S. 566 ff.
- Wicke, Hartmut
Kontinuität und Wandel im Recht der GmbH
in: MittBayNot 2011, S. 23 ff.
- Wicke, Hartmut
Model Articles for the Societas Privata Europaea?
in: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 182 ff.
Berlin / Boston 2013
zitiert: *Wicke*, in: ECFR-Special 2013
- Wicke, Hartmut
Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels
Rechtssache „Vale“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit
in: DStR 2012, S. 1756 ff.
- Wiedemann, Herbert
Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht
in: Lutter, Marcus (Hrsg.) / Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft Nr. 13, S. 5 ff.
Berlin / New York 1998
zitiert: *Wiedemann*, in: ZGR-Sonderheft 1998
- Wiedemann, Herbert
Verantwortung in der Gesellschaft – Gedanken zur Haftung der Geschäftsleiter und der Gesellschafter in der Kapitalgesellschaft
in: ZGR 2011, S. 183 ff.
- Wimmer-Leonhardt, Susanne
Konzernhaftungsrecht: Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für ihre Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht
Tübingen 2004

zitiert: *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht

Winkeljohann, Norbert
/ Morich, Sven

IFRS für den Mittelstand: Inhalte und Akzeptanzaussichten des neuen Standards
in: BB 2009, S. 1630 ff.

Wirtz, Andreas

Die Lückenfüllung im Recht der SE und der SPE
Baden-Baden 2012
zitiert: *Wirtz*, Lückenfüllung

Witt, Carl-Heinz

Die Modernisierung der Gesellschaftsrechte in Europa
in: ZGR 2009, S. 872 ff.

Witt, Carl-Heinz

Die Societas Privata Europaea im deutschen Steuerrecht
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Schubel, Christian (Hrsg.) / Teichmann, Christoph (Hrsg.), Societas Privata Europaea (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, S. 213 ff.
zitiert: *Witt*, *in*: Hommelhoff/Schubel/Teichmann/SPE

Witt, Carl-Heinz

The SPE in German Tax Law
in: Hirte/Teichmann (Hrsg.), The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR Special Volume 3, S. 397 ff.
Berlin / Boston 2013
zitiert: *Witt*, *in*: ECFR-Special 2013

Wöhlert, Helge-Torsten
/ Degen, Stephan

Die neue Mobilität von Gesellschaften in Europa nach „Vale“ und „National Grid Indus“
in: GWR 2012, S. 432 ff.

Wulfers, Christian

Allgemeine Rechtsgrundsätze als ungeschriebenes Recht der supranationalen Gesellschaftsrechtsformen
in: GPR 2006, S. 106 ff.

Zahrte, Kai

§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO – Auf seine Art inspirierend?
in: ZInsO 2009, S. 223 ff.

Ziemons, Hildegard

Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?
in: ZIP 2003, S. 1913 ff.

Ziemons, Hildegard (Hrsg.)
/ Jaeger, Carsten (Hrsg.)

Beck'scher Onlinekommentar GmbHG
21. Auflage, München 15. Dezember 2014
zitiert: *Bearbeiter*, *in*: Beck'scher OK-GmbHG

Zimmer, Daniel
/ Naendrup, Christoph

For Whom the Bells Tolls - Folgen einer Nichtbeachtung englischer Publizitätsgebote durch in Deutschland aktive Limited Companies

in: ZGR 2007, S. 789 ff.

- Zöllner, Wolfgang
Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die englische Private Limited Company
in: GmbHR 2006, S. 1 ff.
- Zöllner, Wolfgang
Satzungsdurchbrechung
in: Hommelhoff, Peter (Hrsg.) / Rawert, Peter (Hrsg.) / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S. 879 ff.
zitiert: *Zöllner*, *in: FS Priester*
- Zöllner, Wolfgang (Hrsg.)
/ Noack, Ulrich (Hrsg.)
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
Band 8/2 – Art. 43-70 SE-VO, §§ 1-47 SEBG, Schlussanhänge
3. Auflage, Köln 2012
zitiert: *Bearbeiter*, *in: KK-AktG*
- Zöllner, Wolfgang (Hrsg.)
/ Noack, Ulrich (Hrsg.)
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
Band 8/1 – 4. Teillieferung, Art. 1 – 10 SE-VO
3. Auflage, Köln 2012
zitiert: *Bearbeiter*, *in: KK-AktG*

Vorträge, Zeitungsartikel, Pressemitteilungen, Studien, Positionspapiere

- Andersen, Paul Krüger
Konferenz zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts am 16. und 17. Mai 2011 in Brüssel, Präsentation "The European Model Company Act – A Tool for European Integration"
abrufbar unter:
http://www.slidefinder.net/t/the_european_model_company_act/33002821
zitiert: *Andersen*, EMCA-Präsentation
- Baums, Theodor
/ Andersen, Paul Krüger
The European Model Company Law Act Project, Institute for Law and Finance der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt, Arbeitspapier Nr. 78
Frankfurt, Februar 2008
abrufbar unter:
http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_078.pdf
zitiert: *Baums/Andersen*, EMCA-Arbeitspapier
- BDA, BDI, DIHK
Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter,
abrufbar unter:
http://www.bdi.eu/images_content/RechtUndOeffentlicheAuftragswe-

sen/Gemeinsame_Stellungnahme_zum_Vorschlag_fuer_ein_e_SUP.pdf

zitiert: *BDA/BDI/DIHK*, Stellungnahme

Bianchi, Luigi A.

“Groups of Companies based on Contracts in Italy. Considerations in the Light of the Action Plan.”, Vortrag auf dem ECFR-Symposium vom 27. September 2013 in Mailand

abrufbar unter:

http://www.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/ECFR_/Bianchi.pdf

zitiert: *Bianchi*, ECFR-Vortrag

Brächer, Michael

Europäische Privatgesellschaft – Brüssel will Europa-GmbH ohne Deutschland einführen

in: Handelsblatt vom 21. August 2012

abrufbar unter:

<http://www.handelsblatt.com/politik/international/europaeische-privatgesellschaft-bruessel-will-europa-gmbh-ohne-deutschland-einfuehren/7037868.html>

zitiert: *Brächer*, Handelsblatt v. 21. August 2012

Bundesnotarkammer

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Rats über das Statut der EPG vom 31. Juli 2008

abrufbar unter:

http://www.europeanprivatecompany.eu/working_papers/download/BNotK-EPG.pdf

zitiert: *BNotK*, Stellungnahme

Bundesrechtsanwaltskammer

Stellungnahme Nr. 31/2014 vom Juli 2014 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter

abrufbar unter:

<http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2014/juli/stellungnahme-der-brak-2014-31.pdf>

zitiert: *BRAK*, Stellungnahme

Bundesverband mittelständische Wirtschaft (BVMW) e. V.

Denkanstöße zur Wirtschaftspolitik – Eine Gemeinsame Basis für den Mittelstand, Plädoyer für eine einheitliche Rechtsform in Europa, Positionspapier vom April 2011

abrufbar unter:

http://www.bvmw-schweiz.ch/dokumente2011/Europa/Denkanstoesse_PldoyerdesBVMWfrdieeinheitlicheRechtsformSPE.pdf

zitiert: *BVMW*, Positionspapier

Chiappetta, Francesco

Konferenz zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts

am 16. und 17. Mai 2011 in Brüssel, Positionspapier zur Podiumsdiskussion "Groups of companies and the current European Company Law framework"

abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/chiappetta_en.pdf

zitiert: *Chiappetta*, Konferenz-Positionspapier

Conac, Pierre-Henri

"The European Model Company Act (EMCA) chapter on Groups of Companies", Vortrag auf dem ECFR-Symposium vom 27. September 2013 in Mailand

abrufbar unter:

http://www.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/ECFR_/Conac.pdf

zitiert: *Conac*, ECFR-Vortrag

Conac, Pierre-Henri

Konferenz zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts am 16. und 17. Mai 2011 in Brüssel, Positionspapier zur Podiumsdiskussion "Groups of companies and the current European Company Law framework"

abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/conac_en.pdf

zitiert: *Conac*, Konferenz-Positionspapier

Delhaes, Daniel

Offener Brief – Maschinenbauer fordern Europa-GmbH

in: Handelsblatt vom 22. September 2011

abrufbar unter:

<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/offener-brief-maschinenbauer-fordern-europa-gmbh/4651366.html>

zitiert: *Delhaes*, Handelsblatt v. 22. September 2011

Deutscher Anwaltverein (DAV)
e.V.

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Handelsrechtsausschuss zum Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom Februar 2009

abrufbar unter:

http://www.europeanprivatecompany.de/working_papers/download/DAV-Stellungnahme.pdf

zitiert: *DAV*, Stellungnahme

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 28. August 2008

abrufbar unter:

http://www.europeanprivatecompany.de/working_papers/download/DIHK-SPE-VO.pdf

zitiert: *DIHK*, Stellungnahme

Deutscher Notarverein e.V.

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft vom 31. Juli 2008

abrufbar unter:

http://www.europeanprivatecompany.de/working_papers/download/DNotV-Stellungnahme%20SPE%20final.pdf

zitiert: *DNotV*, Stellungnahme

Europäische Kommission

Kommission plant Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance (Reference: IP/12/1340), Pressemitteilung vom 12. Dezember 2012

auf Deutsch abrufbar unter:

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1340_de.htm?locale=en

zitiert: *Kommission*, Pressemitteilung v. 12. Dezember 2012

Europäische Kommission

Konsultation zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts (Reference: IP/12/149), Pressemitteilung vom 20. Februar 2012

auf Deutsch abrufbar unter:

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-149_de.htm?locale=de

zitiert: *Kommission*, Pressemitteilung v. 20. Februar 2012

Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts

Bericht über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4. November 2002

auf Deutsch abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf

zitiert: *High Level Group*, Abschlussbericht

Hommelhoff, Peter
/ Teichmann, Christoph

Für die "Europa-GmbH" schlägt die Stunde des Bundestags in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28. Juni 2011

abrufbar unter:

<http://www.faz.net/-01zuj2>

zitiert: *Hommelhoff/Teichmann*, FAZ v. 28. Juni 2011

Knapp, Vanessa

Konferenz zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts am 16. und 17. Mai 2011 in Brüssel, Positionspapier zur Podiumsdiskussion "Groups of companies and the current European Company Law framework"

abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/knapp_en.pdf

zitiert: *Knapp*, Konferenz-Positionspapier

KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	Contract ETD/2006/IM/F2/71, Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime, Main Report <i>abrufbar unter:</i> http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasibility/study_en.pdf zitiert: <i>KPMG</i> , Machbarkeitsstudie
KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	Europa-GmbH stößt bei deutschen und europäischen Unternehmen auf großes Interesse, Pressemitteilung vom 2. März 2009 <i>abrufbar unter:</i> http://www.kpmg.de/Presse/11612.htm http://www.gruendungsnetz.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.150265.de zitiert: <i>KPMG</i> , Pressemitteilung v. 2. März 2009
Lehne, Klaus-Heiner	Konferenz zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts am 16. und 17. Mai 2011 in Brüssel, Vortrag „Eine Perspektive aus dem Europäischen Parlament“ <i>abrufbar unter:</i> http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/lehne_de.pdf zitiert: <i>Lehne</i> , Konferenz-Vortrag
Linnainmaa, Leena	Konferenz zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts am 16. und 17. Mai 2011 in Brüssel, Positionspapier zur Podiumsdiskussion "Groups of companies and the current European Company Law framework" <i>abrufbar unter:</i> http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/linnainmaa_en.pdf zitiert: <i>Linnainmaa</i> , Positionspapier
Noack, Ulrich	Gesetzgebung im Gesellschaftsrecht 2012 Handelsblatt-Rechtsboard vom 2. Januar 2012 <i>abrufbar unter:</i> http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2012/01/02/gesetzgebung-im-gesellschaftsrecht-2012/ zitiert: <i>Noack</i> , Rechtsboard v. 2. Januar 2012
Noack, Ulrich	Kommt die SEUP? Handelsblatt-Rechtsboard vom 22. Juli 2013 <i>abrufbar unter:</i> http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2013/07/22/kom

mt-die-seup/

zitiert: *Noack*, Rechtsboard v. 22. Juli 2013

Perspektive Mittelstand

Zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts, Pressemitteilung vom 22. Februar 2012

abrufbar unter:

<http://www.perspektive-mittelstand.de/Zur-Zukunft-des-europaeischen-Gesellschaftsrechts/pressemitteilung/50446.html>

zitiert: *Perspektive Mittelstand*, Pressemitteilung v. 22. Februar 2012

Rat der Europäischen Union

Mitteilung an die Presse, 3094. Tagung des Rates Wettbewerbsfähigkeit (Binnenmarkt, Industrie, Forschung und Raumfahrt), Pressemitteilung vom 31. Mai 2011

auf Deutsch abrufbar unter:

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/presdata/de/intm/123150.pdf

zitiert: *Rat*, Pressemitteilung v. 31. Mai 2011

Reflection Group

Report on the Future of EU Company Law vom 5. April 2011

abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf

zitiert: *Reflection Group*, Abschlussbericht

Teichmann, Christoph

„The law applicable to the European Private Company (Societas Privata Europaea – SPE)“, Vortrag auf dem ECFR-Symposium vom 2. Oktober 2009 in Den Haag

abrufbar unter:

http://www.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/ECFR_/Teichmann%20I.pdf

zitiert: *Teichmann*, ECFR-Vortrag

Unterstöger, Hermann

Der Lackmustest

in: Süddeutsche Zeitung vom 24. Juni 2010

abrufbar unter

<http://www.sueddeutsche.de/service/sprachlabor-der-lackmustest-1.964906>

zitiert: *Unterstöger*, Süddeutsche Zeitung v. 24. Juni 2010

Gesetzgebungsunterlagen

Gesetzgebungsunterlagen zur SPE und SUP sowie EMCA-Vorschlag

Kompromissvorschlag der *ungarischen Ratspräsidentschaft* vom 23. Mai 2011 für die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft – zitiert: „SPE-VOE-HU“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/11/st10/st10611.de11.pdf>

Auf Englisch abrufbar unter:
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st10/st10611.en11.pdf>

Auf Französisch abrufbar unter:
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st10/st10611.fr11.pdf>

Kompromissvorschlag der *schwedischen Ratspräsidentschaft* vom 3./4. Dezember 2009 für die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft – zitiert: „SPE-VOE-SE“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/09/st16/st16115-ad01.de09.pdf>

Auf Englisch abrufbar unter:
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st16/st16115-ad01.en09.pdf>

Auf Französisch abrufbar unter:
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/09/st16/st16115-ad01.fr09.pdf>

Kompromissvorschlag der *tschechischen Ratspräsidentschaft* vom 27. April 2009 für die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft – zitiert: „SPE-VOE-CZ“

Auf Deutsch abrufbar unter:
Nicht vorhanden.

Auf Englisch abrufbar unter:
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st09/st09065.en09.pdf>

Auf Französisch abrufbar unter:
Nicht vorhanden.

Legislative Entschließung des *Europäischen Parlaments* vom 10. März 2009 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft – zitiert: „SPE-VOE-P“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0094+0+DOC+PDF+V0//DE>

Auf Englisch abrufbar unter:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0094+0+DOC+PDF+V0//EN>

Auf Französisch abrufbar unter:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0094+0+DOC+PDF+V0//FR>

Europäisches Parlament, Bericht des Rechtsausschusses vom 4. Februar 2009 über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft – zitiert: „Parlamentsbericht 2009“

Auf Deutsch abrufbar unter:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0044+0+DOC+XML+V0//DE>

Kompromissvorschlag der *französischen Ratspräsidentschaft* vom 11. Dezember 2008 für die Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft – zitiert: „*SPE-VOE-FR*“

Auf Deutsch abrufbar unter:

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/08/st17/st17152.de08.pdf>

Auf Englisch abrufbar unter:

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st17/st17152.en08.pdf>

Auf Französisch abrufbar unter:

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/08/st17/st17152.fr08.pdf>

Beschluss des *Bundesrats* zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 10. Oktober 2008

Abrufbar unter:

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2008/0479-08B.pdf>

Vorschlag der *EU-Kommission* für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 25. Juni 2008, KOM (2008) 396 – zitiert: „*SPE-VOE-K*“

Auf Deutsch abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_de.pdf

Auf Englisch abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_en.pdf

Auf Französisch abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_fr.pdf

Entschließung des *Europäischen Parlaments* vom 25. Oktober 2007, P6_TA(2007)0491

Auf Deutsch abrufbar unter:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2007/10-25/0491/P6_TA\(2007\)0491_DE.doc](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2007/10-25/0491/P6_TA(2007)0491_DE.doc)

Bericht des *Europäischen Parlaments* mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 29. November 2006, 2006/2013(INI), endgültig A6-0434/2006 – zitiert: „*Parlamentsbericht 2006*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2006-0434+0+DOC+PDF+V0//DE>

Stellungnahme des *Wirtschafts- und Sozialausschusses* zum Thema "Ein europäisches Rechtsstatut für KMU", ABl. C 125 vom 27. Mai 2002, S. 100–104

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002I E0363:DE:NOT>

Vorschlag der *EU-Kommission* für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter vom 9. April 2014, KOM (2014) 212 (final) – zitiert: „*SUP-RLE-K*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1&format=PDF

Auf Englisch abrufbar unter:
http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0002.01/DOC_1&format=PDF

Auf Französisch abrufbar unter:
http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0003.01/DOC_1&format=PDF

Annex I zum SUP-RLE – zitiert: „*SUP-RLE-K-Annex I*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_2&format=PDF

Annex I zum SUP-RLE – zitiert: „*SUP-RLE-K-Annex II*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_3&format=PDF

Beschluss des *Bundesrats* zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter vom 11. Juli 2014

Abrufbar unter:
[http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0101-0200/165-14\(B\)\(2\).pdf?__blob=publicationFile&v=1](http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0101-0200/165-14(B)(2).pdf?__blob=publicationFile&v=1)

European Model Company Act

Auf Englisch abrufbar unter:

(EMCA) – Introduction vom 7. Oktober 2013 – zitiert: *EMCA-Gruppe*, EMCA-Introduction

http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Introduction_Februar_2013.pdf

European Model Company Act (EMCA) – Chapter 1, General Provisions and Principles vom 7. Oktober 2013 – zitiert: *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 1

Auf Englisch abrufbar unter:
http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Chapter_1.pdf

European Model Company Act (EMCA) – Chapter 16, Groups of Companies vom 1. Oktober 2013 – zitiert: *EMCA-Gruppe*, EMCA-Chapter 16

Auf Englisch abrufbar unter:
http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Chapter_16.pdf

Gesetzgebungsunterlagen zu anderen europäischen Gesellschaftsformen

Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE) vom 8. Februar 2012 – zitiert: „*FE-VOE*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/proposal_de.pdf

Auf Englisch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/proposal_en.pdf

Auf Französisch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0035:FIN:FR:PDF>

Stellungnahme der Europäischen Kommission zu dem Beschluss des Bundesrates zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), COM(2012) 35 final, Unterrichtung durch die Europäische Kommission zu BR-Drs. 74/12 (Beschluss) vom 19. Oktober 2012 – zitiert: „*Kommission*, Unterrichtung zu BR-Drs. 74/12 (B)“

Abrufbar unter:
[http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2012/0074-12B\(zu\).pdf](http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2012/0074-12B(zu).pdf)

Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG), BR-Drs. 438/04 vom 28. Mai 2004 – zitiert: „*SEEG-*

Abrufbar unter:
<http://dipbt.bundestag.de/doc/brd/2004/0438-04.pdf>

RegE“

Verordnung (EG) Nr. 2157/2001
des Rates vom 8. Oktober 2001
über das Statut der Europäischen
Gesellschaft (SE) – zitiert: „SE-VO“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R2157:20070101:de:PDF>

Auf Englisch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R2157:20070101:en:PDF>

Auf Französisch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R2157:20070101:fr:PDF>

Verordnung (EWG) Nr. 2137/85
des Rates vom 25. Juli 1985 über
die Schaffung einer Europäischen
wirtschaftlichen Interessenvereini-
gung (EWIV) - ABl. EG Nr. L 199 S. 1
– zitiert: „EWIV-VO“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985R2137:de:HTML>

Auf Englisch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985R2137:en:HTML>

Auf Französisch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985R2137:fr:NOT>

Gesellschaftsrechtliche Richtlinien und Richtlinienentwürfe mit Materialien zu Umsetzungsakten

Richtlinie 2012/30/EU des Europä-
ischen Parlaments und des Rates
vom 25. Oktober 2012 zur Koordi-
nierung der Schutzbestimmungen,
die in den Mitgliedstaaten den
Gesellschaften im Sinne des Arti-
kels 54 Absatz 2 des Vertrages
über die Arbeitsweise der Europäi-
schen Union im Interesse der Ge-
sellschafter sowie Dritter für die
Gründung der Aktiengesellschaft
sowie für die Erhaltung und Ände-
rung ihres Kapitals vorgeschrieben

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0030&from=DE>

sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (Neufassung), ABl. 2012 Nr. L 315 S. 74 – zitiert: „*Kapitalrichtlinie n. F.*“

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 16/11642 – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), BT-Drs. 16/13098 vom 20. Mai 2009 – zitiert: „*ARUG-Beschlussempfehlung*“

Abrufbar unter:
<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/130/1613098.pdf>

Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. L 142 vom 30. April 2004, S. 12 – zitiert: „*Übernahmerichtlinie*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0025:20090420:DE:PDF>

Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. L 222 vom 14. August 1978 S. 0011 – 0031, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2009/49/EG vom 18. Juni 2009, ABl. L 164 S. 42, – zitiert: „*Bilanzrichtlinie*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31978L0660:DE:HTML>

Entwurf einer Vierzehnten Richtlinie des Rates zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung – zitiert: „*Sitzverlegungsrichtlinie*“

Auf Deutsch abgedruckt in:
ZIP 1997, S. 1721 ff.
ZGR 1999, S. 157 ff.
(ZGR 2004, S. 531 ff.)

Zwölfte Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 40–42 – zitiert: „*Eiersonengesellschaftsrichtlinie*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1989L0667:20070101:DE:PDF>

Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, ABl. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 36–39 – zitiert: „*Zweigniederlassungsrichtlinie*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0666:DE:NOT>

Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 über den konsolidierten Abschluss (ABl. Nr. L 193 S. 1) EU-Dok.-Nr. 3 1983 L 0349, zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndRL 2009/49/EG vom 18. Juni 2009 (ABl. Nr. L 164 S. 42) – zitiert: „*Konzernabschlussrichtlinie*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31983L0349:de:HTML>

Zehnte Richtlinie 2005/56/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310/1 vom 25. November 2005, S. 1 ff. – zitiert: „*Grenzüberschreitende Verschmelzungen-Richtlinie*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2005L0056:20051215:DE:PDF>

Vorentwurf einer Richtlinie des Rates über die Verbindungen zwischen Unternehmen, insbesondere über Konzerne, DOK Nr. III/1639/84 – zitiert: „*Konzernrechtsrichtlinie*“

Auf Deutsch abgedruckt in:
Marcus Lutter (Hrsg.), Europäisches Unternehmensrecht: Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung, ZGR-Sonderheft Nr. 1, 4. Auflage, Berlin 1996, Seite 244 ff.

Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17. Dezember 1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. L 378 vom 31. Dezember 1982, S. 47 ff. – zitiert: „*Spaltungsrichtlinie*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1982L0891:20091022:DE:PDF>

Dritte Richtlinie 78/855/EWG des

Auf Deutsch abrufbar unter:

Rates vom 9. Oktober 1978 betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. L 295 vom 20. Oktober 1978, S. 36 ff. – zitiert: „*Verschmelzungsrichtlinie*“

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1978L0855:20091022:DE:PDF>

Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. 1977 Nr. L 26 S. 1, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2009/109/EG vom 16. September 2009, ABl. Nr. L 259 S. 14 und Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006, ABl. L 264 vom 25. September 2006, S. 32–36 – zitiert: „*Kapitalrichtlinie a. F.*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1977L0091:20070101:DE:PDF>

Erste Richtlinie des Rates 68/151/EWG vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 65 vom 14. März 1968, S. 8 – zitiert: „*Publizitätsrichtlinie*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1968L0151:20070101:DE:PDF>

Sonstige Gesetzgebungsunterlagen

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:32013L0034>

damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen vom 25. Oktober 2011, KOM(2011) 684 endg. – zitiert: *„Einheitliche Bilanz- und Konzernbilanzrichtlinie“*

Auf Englisch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013L0034&from=DE>

Grünbuch „Europäischer Corporate Governance-Rahmen“ der Kommission vom 11. April 2011, KOM(2011) 164/3 – zitiert: *„Grünbuch Corporate Governance“*

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_de.pdf

Verordnung (EG) Nr. 632/2010 der Kommission vom 19. Juli 2010 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf International Accounting Standard (IAS) 24 und International Financial Reporting Standard (IFRS) 8, ABl. L 186/1 vom 20. Juli 2010, S. 1 – zitiert: *„IAS-24-Übernahmeverordnung“*

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:186:0001:0009:DE:PDF>

Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 der Kommission vom 3. November 2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 320/1 vom 29. November 2008, S. 0001 – 0481 – zitiert: *„Konsolidierte-IFRS-Übernahmeverordnung“*

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:320:0001:0481:de:PDF>

Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), BT-Drs. 16/10067 vom 30. Juli 2008 – zitiert: *„BilMoG-RegE“*

Abrufbar unter:
<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/100/1610067.pdf>

Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. L199 vom 31. Juli 2007 – zitiert: „ROM-II-Verordnung“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007R0864&qid=1421687011885&from=EN>

Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drs. 16/6140 vom 25. Juli 2007 – zitiert: „MoMiG-RegE“

Abrufbar unter:
<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/061/1606140.pdf>

Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. L 243 vom 11. September 2002, S. 1 – zitiert: „IAS-Verordnung“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002R1606:20080410:DE:PDF>

Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 vom 16. Januar 2001, S. 1–23 – zitiert: „EuGVO“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:DE:NOT>

Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L 160 vom 30. Juni 2000, S. 1 ff. – zitiert: „Insolvenzverordnung“ bzw. „InsVO“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000R1346:20080101:DE:PDF>

Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L077 vom 27. März 1996, S. 0020 – 0028 – zitiert: „Datenbankrichtlinie“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:31996L0009>

Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG ABl. L 386 vom 30.12.1989, S. 1–13 – zitiert: *„Zweite Bankenkoordinierungsrichtlinie“*

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=389L0646&model=guichett&lg=de

Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten ABl. L 225 vom 20. August 1990, S. 6–9 – zitiert: *„Mutter-Tochter-Richtlinie“*

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0435:DE:NOT>

Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG – zitiert: *„Dritte Schadenversicherungsrichtlinie“*

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=392L0049&model=guichett&lg=de

Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG – zitiert: *„Transparenzrichtlinie“*

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32004L0109>

Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebs-

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009L0038:DE:NOT>

rats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Neufassung) – zitiert: „Betriebsräterichtlinie“

Gesetzgebungsunterlagen zum Insolvenzrecht

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr.1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren vom 12. Dezember 2012 – zitiert: „Eulns-VOE“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-regulation_de.pdf

Auf Englisch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-regulation_en.pdf

Auf Französisch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-regulation_fr.pdf

Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 4. Mai 2011, BT-Drs. 17/5712 – zitiert: „ESUG-RegE“

Abrufbar unter:
<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/057/1705712.pdf>

Aktionspläne und Arbeitsprogramme der Kommission

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economy and Social Committee and the Committee of the Regions – Regulatory Fitness and Performance (REFIT): Results and Next Steps, COM(2013) 685 final, vom 2. Oktober 2013 – zitiert: *Kommission, REFIT-Mitteilung*

Auf Englisch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/archives/2013/10/pdf/20131002-refit_en.pdf

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://www.bundesrat.de/cln_340/nn_8694/SharedDocs/Dokumente/2013/0701-800/718-13,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/718-13.pdf

Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economy and Social Commit-

Auf Englisch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/archives/2013/10/pdf/20131002-refit-annex_en.pdf

tee and the Committee of the Regions – Regulatory Fitness and Performance (REFIT): Results and Next Steps, COM(2013) 685 final, vom 2. Oktober 2013 – zitiert: *Kommission*, Annex REFIT-Mitteilung

Auf Deutsch abrufbar unter:

http://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/12/67/EU_126769/imfname_10417646.pdf

Entschließungsantrag eingereicht im Anschluss an eine Erklärung der Kommission gemäß Artikel 35 Absatz 3 der Geschäftsordnung und der Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission zum Arbeitsprogramm der Kommission für 2014 vom 26. Juni 2013 – zitiert: „*Parlament*, Entschließungsantrag Aktionsplan 2014“

Auf Deutsch abrufbar unter:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+B7-2013-0315+0+DOC+PDF+V0//DE>

Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, COM(2012) 740 final vom 12. Dezember 2012 – zitiert: „*Kommission*, Aktionsplan 2012“

Auf Deutsch abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/121212_company-law-corporate-governance-action-plan_de.pdf

Action Plan on European company law and corporate governance: Frequently Asked Questions vom 12. Dezember 2012 – zitiert: „*Kommission*, FAQ zum Aktionsplan 2012“

Auf Englisch abrufbar unter:

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-972_en.htm?locale=en

Arbeitsprogramm der Kommission 2013 vom 23. Oktober 2012, COM(2012) 629 final – zitiert: „*Kommission*, Arbeitsprogramm 2013“

Auf Deutsch abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2013_de.pdf

Anhang – Arbeitsprogramm der Kommission für 2013 vom 23. Oktober 2012, COM(2012) 629 final – zitiert: „*Kommission*, An-

Auf Deutsch abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2013_annex_de.pdf

hang Arbeitsprogramm 2013“

Arbeitsprogramm der Kommission für 2012 vom 15. November 2011, COM(2011) 777 endgültig – zitiert: „*Kommission*, Arbeitsprogramm 2012“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2012_de.pdf

Anhang – Arbeitsprogramm der Kommission für 2012, Corrigendum vom 5. Dezember 2011, COM(2011) 777 endgültig/2 – zitiert: „*Kommission*, Anhang Arbeitsprogramm 2012“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2012_annex_de.pdf

Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union - Aktionsplan, KOM(2003) 284 endgültig vom 21. Mai 2003 – zitiert: „*Kommission*, Aktionsplan 2003“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:DE:PDF>

Öffentliche Konsultationen

Europäische Kommission: Feedback Statement – Zusammenfassung der Stellungnahmen auf die Öffentliche Konsultation zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts, Juli 2012 – zitiert: „*Kommission*, Feedback Statement 2012“

Auf Englisch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf

Europäische Kommission: Consultation on the future of European Insolvency Law, 21. Juni 2012 – zitiert: „*Kommission*, EulnsVO-Konsultation 2012“

Auf Englisch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/120326_en.htm

Europäisches Parlament: Entschließung vom 14. Juni 2012 zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts (2012/2669(RSP)) – zitiert: „*Parlament*, Entschließung vom 14. Juni 2012“

Auf Deutsch abrufbar unter:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0259+0+DOC+XML+V0//DE>

Europäische Kommission: Diverse Informationen zur Konsultation zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts, eingeleitet am 20. Februar 2012 – zitiert: „*Kommission*, Konsultation 2012“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_de.htm#consultation2012

Europäische Kommission: Zusammenfassung der Ergebnisse der öffentlichen Konsultation in 2007 – zitiert: „*Kommission*, Feedback Statement 2007

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/consultation_report.pdf

Rechnungslegungsunterlagen

IASB-Erläuterungen zu IAS 24 – zitiert: „*IASB-Erläuterungen*“

Auf Deutsch abrufbar unter:
http://www.iasplus.de/standards/ias_24.php

Auf Englisch abrufbar unter:
<http://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias24>

International Accounting Standard 24 – Related Party Disclosures – zitiert: „*IAS 24*“

Auf Englisch abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/consolidated/ias24_en.pdf

Sämtliche benutzte Internetseiten wurden zuletzt am 19. Januar 2015 abgerufen.

Synoptische Gegenüberstellung ausgewählter Vorschriften der SPE-VO-Entwürfe

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidenschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidenschaft vom 3./4.12.2009	Ungarische Ratspräsidenschaft vom 23.05.2011
Begründung (Ziel des Vorschlags)	Der Vorschlag geht nicht auf Fragen im Zusammenhang mit dem Arbeits- oder dem Steuerrecht, der Rechnungslegung oder der Insolvenz der SPE ein. Auch behandelt er nicht die vertraglichen Rechte und Verpflichtungen der SPE oder ihrer Anteilseigner, die über diejenigen hinausgehen, die sich aus der Satzung der SPE ergeben. Diese Punkte unterliegen weiterhin dem nationalen Recht und gegebenenfalls den vorhandenen Gemeinschaftsinstrumenten.	The proposal does not regulate matters related to labour law, tax law, accounting, or the insolvency of the SPE. Nor does it deal with the contractual rights and obligations of the SPE or those of its shareholders other than those deriving from the articles of association of the SPE. These matters will continue to be governed by national law and existing Community law instruments, where relevant.	[Unverändert.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]
Begründung (4. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit)	Indem den KMU eine Gesellschaftsform angeboten wird, die einheitlich, rechtlich sicher und auch noch flexibel ist, würde die SPE das effizienteste und angemessenste Mittel zur Erreichung dieses Ziels sein. [...] Die Schaffung einer neuen europäischen Rechtsform erfordert ein Rechtsinstrument, das unmittelbar anwendbar ist, d.h. eine Verordnung. Weder eine Empfehlung noch eine Richtlinie würden zu einer einheitlichen Regelung führen, die in allen Mitgliedstaaten anwendbar ist.	The creation of a new European legal form requires a legal instrument that is directly applicable, i.e. a regulation. Neither a recommendation nor a directive would result in a uniform regime that is applicable in all Member States. [...] By offering SMEs a corporate vehicle that is uniform and legally certain, yet flexible, the SPE would constitute the most effective and targeted means of achieving the objective set out above.	[Unverändert.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]
Begründung (6. Folgenabschätzung)	<i>Vorschlag eines SPE-Statuts für KMU:</i> Die Schaffung einer neuen europäischen Rechtsform für KMU löst	<i>Proposing an SPE Statute for SMEs:</i> The creation of a new European legal form targeting SMEs best	[Unverändert.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009	Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>die zuvor genannten Probleme am Besten, indem eine Gesellschaftsform geschaffen wird, die einheitliche Regeln für die Gründung in der gesamten EU festlegt, den internen Aufbau flexibel gestaltet und somit Kosten einspart. Den KMU würde auch ein europäisches Gütezeichen verliehen, was die grenzübergreifende Tätigkeit erleichtern dürfte.</p>	<p>solves the problems presented above by offering a company form featuring uniform rules on formation throughout the EU, flexibility as regards the internal organisation, thus saving costs.</p> <p>It would also offer SMEs a European label and thus make cross-border business easier.</p>				
Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags, Kapitel I – Allgemeine Bestimmungen)	<p>Hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Statuts und seiner Verbindung zum nationalen Recht sieht die Verordnung Folgendes vor:</p> <p>(1) Eine SPE wird in erster Linie durch die direkt anwendbaren obligatorischen Bestimmungen der Verordnung reguliert. Diese Regeln erleichtern die Gründung der SPE und gewährleisten die erforderliche Einheitlichkeit der SPE in der EU.</p> <p>(2) Der Verordnung zufolge sind eine Reihe von Punkten, insbesondere der interne Aufbau der SPE durch die Satzung zu regeln (Anhang I).</p> <p>Zur Gewährleistung der Flexibilität steht es den Anteilseignern frei, wie sie diese Punkte regeln, sofern lediglich die Bestimmungen dieser Verordnung eingehalten werden.</p> <p>(3) Für Punkte, die unter das SPE-Statut fallen, ist das nationale Gesellschaftsrecht lediglich in den durch die Verordnung spezifizierten Fällen relevant.</p>	<p>As regards the scope of application of the Statute and its interface with national law, the Regulation provides that:</p> <p>(1) An SPE is governed first and foremost by the directly applicable mandatory provisions of the Regulation. These rules facilitate the formation and ensure the necessary uniformity of the SPE in the EU.</p> <p>(2) The Regulation requires a range of matters, in particular the internal organisation of the SPE, to be regulated in the articles of association (Annex I). In order to ensure flexibility, shareholders are free to decide how to regulate these questions, subject only to the rules of the Regulation.</p> <p>(3) In matters covered by the SPE Statute, national company law is only relevant where specified by the Regulation.</p>	[Unverändert.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009	Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>Die Bestimmungen, die gemäß Anhang I in die Satzung aufzunehmen sind oder aufgenommen werden können, unterliegen nicht dem nationalen Recht.</p> <p>Die Bestimmungen der Verordnung und die Liste der in Anhang I genannten Punkte, die von der Satzung abzudecken sind, definieren den Anwendungsbereich der EU-Vorschriften. Der Vorschlag enthält keine Standardbestimmungen, die für den Fall der Nichtabdeckung der in Anhang I genannten Punkte durch die Satzung Anwendung finden würden.</p> <p>Dennoch sind im nationalen Recht die Sanktionen für eine solche Unterlassung oder einen sonstigen Verstoß gegen die Verordnung vorzusehen.</p> <p>Das nationale Recht regelt all die Fragen, die nicht von der Verordnung oder der Satzung der SPE im Sinne von Anhang I abgedeckt sind.</p> <p>Dies ist z.B. bei nicht in Anhang I genannten Punkten oder in Bereichen der Fall, die außerhalb des Gesellschaftsrechts liegen (wie Arbeits-, Insolvenz- oder Steuerrecht).</p> <p>Das jeweils anwendbare Recht ist das Recht des Mitgliedstaats, in dem die SPE ihren eingetragenen Sitz hat und das auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung Anwendung findet.</p> <p>Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission die Bezeichnung der jeweiligen Unterneh-</p>	<p>The provisions which are required or allowed by Annex I to be included in the articles of association are not subject to national law.</p> <p>The provisions of the Regulation and the list of matters in Annex I which must be covered in the articles of association define the scope of the EU rules.</p> <p>The proposal does not contain any default provisions which apply in case the articles do not cover the matters listed in Annex I.</p> <p>However national law has to set out the sanctions of such omission or other breach of the Regulation.</p> <p>National law governs those matters which are not covered by the Regulation or by the articles of association of the SPE as stipulated in Annex I. This is the case, in particular, for matters not mentioned in Annex I or in areas which are outside the scope of company law as such (e.g. labour, insolvency or tax law).</p> <p>The relevant applicable law is the law of the Member State where the SPE has its registered office, which applies to private limited-liability companies.</p> <p>Member States shall notify the name of the respective company form to the Commission.</p>				

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009	Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	mensform mit.					
Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags – Kapitel II – Gründung)	<p>[...]</p> <p>Die SPE ist gehalten, ihren eingetragenen Sitz und Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu haben.</p> <p>Gemäß dem Centros-Urteil des Europäischen Gerichtshofs kann eine SPE ihren eingetragenen Sitz und Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in verschiedenen Mitgliedstaaten haben.</p> <p>[...]</p>	<p>[...]</p> <p>The SPE is required to have its registered office and its central administration or principal place of business in the territory of the Member States.</p> <p>However, in accordance with the Centros judgment of the European Court of Justice, the SPE may be set up with its registered office and central administration or principal place of business in different Member States.</p> <p>[...]</p>	[Unverändert.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]
Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags, Kapitel V – Aufbau der SPE)	<p>Sämtliche nicht in der Verordnung oder in der Satzung genannten Beschlüsse fallen in die Zuständigkeit des <i>Leitungsorgans</i> der SPE, das für die Geschäftsführung zuständig ist.</p> <p>Die Satzung legt die Managementstruktur der SPE fest (ein oder mehrere Mitglieder der Unternehmensleitung, monistisches oder dualistisches System).</p> <p>Wird in der SPE jedoch Arbeitnehmermitbestimmung praktiziert, muss die gewählte Managementstruktur die Ausübung dieses Rechts ermöglichen.</p> <p>[...]</p> <p>Indem von den Mitgliedern der Unternehmensleitung verlangt wird, mit der Sorgfalt und der Eignung, die vernünftigerweise für die Ausübung der Tätigkeit gefordert werden können, zu handeln, schreibt die Verordnung eine allgemeine Sorgfaltspflicht vor.</p>	<p>All decisions which are not listed in the Regulation or in the articles of association fall under the competence of the SPE's <i>management body</i> which is responsible for running the company.</p> <p>The articles determine the management structure of the SPE (a single director or several directors, a one-tier or a two-tier board system).</p> <p>However, if the SPE is subject to employee participation, the chosen management structure must allow for the exercise of this right.</p> <p>[...]</p> <p>The Regulation lays down a general standard of care by requiring from directors the care and skill reasonably required in the conduct of business.</p>	[Unverändert.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009	Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>Die nationalen Gerichte können diese Bestimmung interpretieren. Während in der Verordnung auch die wichtigsten spezifischen Pflichten der Mitglieder der Unternehmensleitung (z.B. Vorschlag von Ausschüttungen) vorgeschrieben werden, können in der Satzung noch weitere Pflichten verankert werden. Die Mitglieder der Unternehmensleitung sind gehalten, jeglichen aktuellen oder potenziellen Interessenkonflikt zu vermeiden. In der Satzung können jedoch Situationen vorgesehen werden, in denen derartige Konflikte zulässig sind.</p> <p>Die Verordnung sieht die <i>Haftung der Mitglieder der Unternehmensleitung</i> für jeglichen Verlust oder Schaden vor, den eine SPE aufgrund der Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen erleidet, die in der Verordnung, der Satzung oder in einem Beschluss der Anteilseigner festgeschrieben sind. Andere Aspekte der Haftung, z. B. die Folgen der Nichterfüllung der Pflichten oder ein jegliches Urteil über das Geschäftsgebaren, unterliegen dem nationalen Recht.</p>	<p>The interpretation of this provision may be developed by national courts. While the Regulation also identifies the most important specific duties of the directors (e.g. propose distributions), the articles may set out further duties.</p> <p>Directors are required to avoid any actual or potential conflicts of interests. However, the articles of association may provide that situations involving such conflicts may be authorised.</p> <p>The Regulation establishes <i>directors' liability</i> for any loss or damage suffered by the SPE due to the breach of their duties deriving from the Regulation, articles of association or a resolution of shareholders.</p> <p>However other aspects of liabilities, e.g. the consequences of the breach of duties or any business judgement rule, are governed by national law.</p>				
Begründung (7. Erläuterung des Vorschlags, Kapitel X – Schlussbestimmungen)	<p>Die Verordnung schreibt die Annahme bestimmter Vorschriften durch die Mitgliedstaaten vor. So sind insbesondere die Verfahrensvorschriften für die Registrierung, die Verlegung des eingetragenen Sitzes der SPE und Sanktionen für den</p>	<p>The Regulation requires the adoption of certain provisions by Member States. In particular, the procedural rules on registration, on the transfer of the registered office of the SPE along with sanction for breach of the</p>	[Unverändert.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]	[Nicht vorhanden.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	Verstoß gegen die Verordnung und die Satzung zu verabschieden.	Regulation and the articles of association, have to be adopted.						
Erwägung 3	<p>Da eine solche gemeinschaftsweit gründbare Privatgesellschaft (nachstehend „SPE“) für Kleinunternehmen bestimmt ist, sollte die Rechtsform gemeinschaftsweit so einheitlich wie möglich sein und sollten möglichst viele Punkte der Vertragsfreiheit der Anteilseigner überlassen bleiben, während gleichzeitig für Anteilseigner, Gläubiger, Beschäftigte und Dritte ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet wird.</p> <p>Da den Anteilseignern für die interne Organisation der SPE ein hohes Maß an Flexibilität und Freiheit einzuräumen ist, sollte der private Charakter der Gesellschaft auch dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass [...].</p>	<p>Since a private company (hereinafter "SPE") which may be created throughout the Community is intended for small businesses, a legal form should be provided which is as uniform as possible throughout the Community and as many matters as possible should be left to the contractual freedom of shareholders, while a high level of legal certainty is ensured for shareholders, creditors, employees and third parties in general.</p> <p>Given that a high degree of flexibility and freedom is to be left to the shareholders to organise the internal affairs of the SPE, the private nature of the company should also be reflected by [...].</p>	<p>Nachhaltiges und stetiges Wachstum des Binnenmarktes erfordert ein auf die Bedürfnisse von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zugeschnittenes umfassendes Gesellschaftsrecht.</p> <p>[Ab hier unverändert.]</p>	<p>Sustainable and steady growth of the internal market requires a comprehensive body of business law tailored to the needs of small and medium-sized enterprises (SMEs).</p> <p>[Ab hier unverändert.]</p>	<p>[Nicht übernommen.]</p> <p>[Unverändert, außer dass statt „shareholders“ der Begriff „members“ verwandt wird.]</p>	[Unverändert.]		[Unverändert.]
Erwägung 4	<p>Damit die Unternehmen von sämtlichen Vorteilen des Binnenmarkts profitieren können, sollte eine SPE ihren Sitz und ihre Hauptniederlassung in unterschiedlichen Mitgliedstaaten haben und ihren Sitz von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlagern können, ohne unbedingt auch die Hauptverwal-</p>	<p>In order to enable businesses to reap the full benefits of the internal market, the SPE should be able to have its registered office and principal place of business in different Member States and to transfer its registered office from one Member State to another, with or without also transferring its central administration</p>	[Unverändert.]	[Unverändert.]	<p>In order to enable businesses to reap the full benefits of the internal market, the SPE should be able to transfer its registered office from one Member State to another. Other issues relating to the seat of an SPE should be governed by national law, in accordance with Community law.</p>	<p>Damit die Unternehmen von sämtlichen Vorteilen des Binnenmarkts profitieren können, sollte eine SPE ihren Sitz von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegen können. Bei der SPE handelt es sich um eine neue Form der Europäischen Gesellschaft, die durch die vorliegende Verordnung, jedoch in bestimmten</p>	<p>[Unverändert.]</p> <p>The SPE is a new European company form governed by this Regulation but also, as regards certain matters, governed in part by national</p>	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	tung oder die Hauptniederlassung verlegen zu müssen.	or principal place of business.	Gleichzeitig sollten jedoch Maßnahmen ergriffen werden, um zu verhindern, dass SPE zur Umgehung rechtmäßiger gesetzlicher Vorschriften der Mitgliedstaaten genutzt werden.	At the same time, however, steps should be taken to prevent the use of SPEs to circumvent legitimate legal requirements of Member States.		Bereichen auch teilweise durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften, die von der vorliegenden Verordnung abweichen können, geregelt ist. Deshalb sollte eine SPE ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung und/oder Hauptniederlassung in der Anfangsphase, während der Erfahrungen hinsichtlich der Anwendung der vorliegenden Verordnung gesammelt werden, in ein und demselben Mitgliedstaat haben. Zwei Jahre nach dem Zeitpunkt des Beginns der Anwendung der vorliegenden Verordnung sollte jedoch einzelstaatliches Recht angewendet werden.	law, which may differ. Therefore, in the initial phase, whilst experience is gained in the application of this Regulation, the SPE should have its registered office and its central administration and/or its principal place of business in the same Member State. However, two years after the date of application of this Regulation national law should apply.	
Erwägung 5	Um den Unternehmen Effizienzgewinne und Kosteneinsparungen zu ermöglichen, sollte eine SPE in jedem Mitgliedstaat gegründet werden können, wobei es bei der Gesellschaftsform so wenig Abweichungen wie möglich geben sollte.	To enable businesses to gain efficiencies and save costs, the SPE should be available in every Member State, with as few variations as possible as regards the company form.	[Unverändert.]		[Unverändert.]	[Unverändert.]		[Unverändert.]
Erwägung 6	Um für die SPE ein hohes Maß an Einheitlichkeit zu gewährleisten, sollten möglichst viele mit der Gesellschaftsform zusammenhängende Punkte unter diese Verordnung fallen und entweder durch materiellrechtliche Vorschriften geregelt oder an die Satzung der SPE verwiesen werden. Im Anhang zu dieser Verordnung sollte deshalb eine Liste all der Punkte zusammengestellt werden, für die die Anteilseigner der SPE in der Satzung Regelungen treffen <u>müssen</u> .	To ensure a high degree of uniformity of the SPE, as many matters pertaining to the company form as possible should be governed by this Regulation, either through substantive rules or by reserving matters to the articles of association of the SPE. It is therefore appropriate to provide for a list of matters, to be set out in an Annex, in respect of which the shareholders of the SPE are obliged to lay down rules in the articles of	[Unverändert.]		[Unverändert, außer dass statt „shareholders“ der Begriff „members“ verwandt wird.]	Eine SPE sollte zuallererst und vorrangig den materiellrechtlichen Vorschriften dieser Verordnung unterliegen. Um jedoch ein hohes Maß an Vertragsfreiheit zu gewährleisten, sollten im Anhang zu dieser Verordnung alle Punkte aufgelistet werden, die die Gesellschafter der SPE in der Satzung regeln <u>kön-</u>	First and foremost, the SPE should be governed by the substantive rules set out in this Regulation. Nonetheless, in order to ensure a high degree of contractual freedom it is appropriate to provide for a list of matters, to be set out in an Annex, in respect of which the members of the SPE may	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
		association.			<u>nen.</u> Ferner sollten die Gesellschafter Punkte, für die dies nach dieser Verordnung ausdrücklich zulässig ist, in der Satzung auch in einer Weise regeln dürfen, die von den materiellrechtlichen Vorschriften dieser Verordnung abweicht. Für diese Punkte sollte nur das Gemeinschaftsrecht gelten, so dass die Gesellschafter diese Punkte anders regeln können als nach dem Recht des Sitzmitgliedstaats der SPE für die in Anhang II dieser Verordnung genannten einzelstaatlichen Formen von Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung vorgesehen ist. Nutzen die Gesellschafter jedoch ihre Vertragsfreiheit gemäß dieser Verordnung nicht oder nur teilweise, um die in Anhang I genannten Bereiche zu regeln, so regelt das einzelstaatliche Recht die nicht berücksichtigten Bereiche. Einzelstaatliches Recht sollte auch für Artikel der Satzung gelten, die nicht von dieser Verordnung oder ihrem Anhang I erfasst sind. Ferner sollten durch diese Verordnung nicht erfasste Bereiche wie Insolvenz, Beschäftigung und Besteuerung und nur zum Teil durch sie erfasste Bereiche ebenfalls durch einzelstaatliches Recht – sofern es nicht unverein-	lay down rules in the articles of association. Furthermore, in matters where it is explicitly allowed by this Regulation, members should also be able to adopt rules in the articles of association that are different from the substantive default rules set out in this Regulation. [Unverändert.] However, if members do not or only partly use the contractual freedom in matters listed in Annex I provided for by this Regulation, in those matters national law shall supplement any omission. National law should also apply to further provisions in the articles of association that are not covered by this Regulation or its Annex I. [Unverändert.]	
	Für diese Punkte sollte nur das Gemeinschaftsrecht gelten, damit die Anteilseigner hier andere Regelungen treffen können als das Recht des Mitgliedstaats, in der die SPE ihren Sitz hat, für Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung vorsieht. Das innerstaatliche Recht sollte für all die Punkte gelten, für die die Verordnung dies vorsieht, sowie alle Bereiche, die nicht von dieser Verordnung abgedeckt werden, wie Insolvenz, Beschäftigung und Steuern, oder nicht durch sie an die Satzung verwiesen wurden.	In relation to those matters only Community law should apply, and consequently shareholders should be able to set out rules to regulate those matters, which are different from the rules prescribed by the law of the Member State where the SPE is registered, in relation to national forms of private limited-liability companies. National law should apply to matters where this is provided for by this Regulation and to all other matters that are not covered by the articles of this Regulation, such as insolvency, employment and tax, or are not reserved by it to the articles of association.		[...], in relation to national forms of private limited-liability companies listed in Annex II of the Regulation. However, national law should apply to further provisions in the articles of association that are not required by this Regulation or its Annex I. Moreover, where the articles of association of an SPE, intentionally or by omission, do not include a provision which is required by Annex I, that matter shall be governed by applicable national law. National law should also apply, provided it is not incompatible with Community law, to matters that are not regulated by the Regulation, such as insolvency, employment and taxation, or to matters that			

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsi- dentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidenschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsi- dentschaft vom 23.05.2011
					are only partly regulated by it.	bar mit dem Gemein- schaftsrecht ist – geregelt werden.		
Erwägung 8a (enthalten seit dem Entwurf der Schwedi- schen Ratsprä- sidentschaft)						Um die Gründung einer SPE zu erleichtern, können die Mitgliedstaa- ten eine Modellsatzung entwerfen, die von Unternehmern bei der Gründung ihrer Gesell- schaft als Beispiel heran- gezogen werden kann. Allerdings darf die Verwendung der Modell- satzung nicht zwingend vorgeschrieben werden.	To facilitate the for- mation of an SPE, Mem- ber States may draw up model articles of associa- tion that entrepreneurs may use as an example when they set up their company. However, the application of the model articles of association shall not be made mandatory.	[Unverändert.]
Erwägung 17 (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsident- schaft Erwä- gung 18)	Die Mitgliedstaaten sollten festlegen, welche Sanktionen bei Verstö- ßen gegen diese Verord- nung verhängt werden können und deren Anwendung gewährleis- ten, was auch Verstöße gegen die Verpflichtung einschließt, in der Satzung der SPE die in dieser Verordnung vorgeschriebenen Punkte zu regeln. Diese Sanktio- nen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.	The Member States should lay down rules on penalties applicable to infringements of the provisions of this Regula- tion, including infringe- ments of the obligation to regulate in the articles of association of the SPE the matters prescribed by this Regulation, and should ensure that they are implemented. Those penalties must be effective, proportionate and dissuasive.	[Weitestgehend unverändert.]		[Im Vergleich zum Kom- missionsentwurf unver- ändert.]	[Unverändert.]		[Unverändert.]
Art. 1 (Gegenstand)								
Art. 2 (Be- griffsbestim- mungen)	1. Für die Zwecke dieser Verordnung gelten folgende Begriffsbestim- mungen: (a) „Anteilseigner“ ist der Gründungsgesellschafter sowie jede andere Person, deren Name gemäß den Artikeln 15 und 16 in das Verzeichnis der Anteilseigner aufge- nommen wird. (b) „Ausschüttung“ ist jeder finanzielle Vorteil, den ein Anteilseigner aufgrund der	1. For the purposes of this Regulation, the following definitions shall apply: (a) 'shareholder' means the founding shareholder and any other person whose name is entered in the list of shareholders in accordance with Articles 15-16; (b) 'distribution' means any financial benefit derived directly or indirectly from the SPE by	[Unverändert.]	[Unverändert.]	1. [Unverändert.] (a) 'member of an SPE' means any natural person or legal body whose name is entered in the list of members in accord- ance with Article 15; [...] (c) 'distribution' means any financial benefit derived directly or indirectly from the SPE by	(1) Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck a) [gestrichen] ba) "Gesellschafter" je nach dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht entweder einen Anteils- eigner oder einen Teilha- ber, d. h. den Eigentümer eines Geschäftsanteils oder mehrerer Ge- schäftsanteile, dessen Name im Gesellschafter- verzeichnis gemäß Artikel 15 geführt wird; c) "Ausschüttung" jeden finanziellen Vorteil, den ein Gesellschafter auf- grund der von ihm	1. For the purposes of this Regulation, the following definitions shall apply: (a) [Deleted] (ba) 'member' shall be either a shareholder or an associate, depending on the provisions of applica- ble national law, and means any owner of one or more units whose name is entered in the list of members in accord- ance with Article 15; (c) [Unverändert, außer dass "purchase or sale of property" mit umfasst wird.]:	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
von ihm gehaltenen Anteile direkt oder indirekt aus der SPE zieht, einschließlich einer etwaigen Übertragung von Geld oder Immobilien sowie das Eingehen einer Schuld.	a shareholder, in relation to the shares held by him, including any transfer of money or property, as well as the incurring of a debt;	sprach ausgeglichen ist.		a member, in relation to the shares held by him, including any transfer of money or property. Distributions may take the form of a dividend, be made through a purchase of property, redemption or other kind of acquisition of shares by the SPE or by any other means;	gehaltenen Geschäftsanteile direkt oder indirekt aus der SPE zieht, einschließlich der Übertragung von Geld oder Immobilien. Ausschüttungen können in Form einer Dividende, durch Immobilienerwerb oder -verkauf, durch Rücknahme oder eine andere Art des Erwerbs von Geschäftsanteilen durch die SPE sowie auf jedem anderen Wege erfolgen;		
(c) „Mitglied der Unternehmensleitung“ ist jedes geschäftsführende Mitglied der Unternehmensleitung und jedes Mitglied des Leitungs-, Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans einer SPE.	(c) 'director' means any individual managing director, any member of the management, administrative board or supervisory body of an SPE;	(c) [Unverändert.]	(c) [Unverändert.]	(d) 'director' means (i) any individual managing director, (ii) where the articles of association provide for a dual board regime, any member of the management board or of the supervisory board, if any, (iii) where the articles of association provide for a unitary board regime, any member of the administrative board; (e) 'management body' means (i) an individual managing director,	d) "Geschäftsführer" i) wenn die Satzung einen Alleingeschäftsführer vorsieht, den Alleingeschäftsführer der SPE, ia) wenn die Satzung zwei oder mehr Geschäftsführer vorsieht, jeden dieser Geschäftsführer, ii) wenn die Satzung eine dualistische Unternehmensverfassung vorsieht, jedes Mitglied des Leitungsorgans und gegebenenfalls des Aufsichtsorgans, iii) wenn die Satzung eine monistische Unternehmensverfassung vorsieht, jedes Mitglied des Verwaltungsorgans; e) "Geschäftsführungsorgan" das laut Satzung der SPE für die Geschäftsführung der SPE zuständige Gremium, und zwar i) den Alleingeschäftsführer der SPE, wenn die Satzung einen Alleingeschäftsführer vorsieht, ia) jeden Geschäftsführer, wenn die Satzung zwei oder mehr Geschäftsführer vorsieht,	(d) 'director' means (i) where the articles of association provide for a sole director, the sole director of the SPE, (ia) where the articles of association provide for two or more individual directors, any of those individual directors, (ii) where the articles of association provide for a dual board regime, any member of the management board or of the supervisory board, if any, (iii) where the articles of association provide for a unitary board regime, any member of the administrative board; (e) 'management body' means (i) where the articles of association provide for a sole director, the sole director of the SPE, (ia) where the articles of association provide for two or more individual directors, any of those individual directors,	
(d) „Leitungsorgan“ ist ein aus einem oder mehreren geschäftsführenden Mitgliedern der Unternehmensleitung bestehendes Leitungsgremium (dualistisches System) oder Verwaltungsgremium (monistisches System), das laut Satzung der SPE für die Leitung der SPE zuständig ist.	(d) 'management body' means one or more individual managing directors, the management board (dual board) or the administrative board (unitary board), designated in the articles of association of the SPE as being responsible for the management of the SPE;	(d) [Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ verwandt wird.]	(d) [Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ verwandt wird.]				

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>(e) „Aufsichtsorgan“ ist das Aufsichtsgremium (dualistisches System), das laut Satzung der SPE für die Beaufsichtigung des Leitungsorgans zuständig ist.</p> <p>[...] 2. Ausschüttungen im Sinne von Absatz 1 Buchstabe b können durch Immobilienerwerb, durch Rücknahme von Anteilen oder durch eine andere Art des Anteilerwerbs sowie auf jedem anderen beliebigen Wege erfolgen.</p>	<p>(e) 'supervisory body' means the supervisory board (dual board), designated in the articles of association of the SPE as being responsible for the supervision of the management body;</p> <p>[...] 2. For the purposes of point (b) of paragraph 1, distributions may be made through a purchase of property, the redemption or other kind of acquisition of shares or by any other means.</p>	<p>(e) [Unverändert.]</p> <p>[...] [Unverändert.]</p>	<p>(e) [Unverändert.]</p> <p>[...] [Unverändert.]</p>	<p>(ii) where the articles of association provide for a dual board regime, the management board,</p> <p>(iii) where the articles of association provide for a unitary board regime, the administrative board, designated in the articles of association of the SPE as being responsible for the management of an SPE;</p> <p>(ea) 'supervisory board' means a board which supervises the work of the management board or where applicable, the managing director;</p> <p>[...] 2. For the purposes of point b) of paragraph 1 Member States may determine additional characteristics of the unit of capital with respect to SPEs having their registered office in their territory.</p>	<p>ii) das Leitungsorgan, wenn die Satzung eine dualistische Unternehmensverfassung vorsieht,</p> <p>iii) das Verwaltungsorgan, wenn die Satzung eine monistische Unternehmensverfassung vorsieht;</p> <p>ea) "Aufsichtsorgan" ein Gremium, das die Tätigkeit des Leitungsorgans bzw. des Alleingeschäftsführers oder der Geschäftsführer beaufsichtigt;</p> <p>[...] 2. [Gestrichen.]</p>	<p>(ii) [Unverändert.],</p> <p>(iii) where the articles of association provide for a unitary board regime, the administrative board, designated in the articles of association of the SPE as being responsible for the management of the SPE;</p> <p>(ea) 'supervisory board' means a board which supervises the work of the management board or where applicable, the sole director or the individual directors;</p> <p>[...] 2. [Gestrichen.]</p>	
Art. 3 (Voraussetzungen für die Gründung einer SPE)	[...]		<p>[...] ea) sie hat einen grenzüberschreitenden Bezug, der durch einen der folgenden Punkte nachgewiesen wird:</p> <p>– eine grenzüberschreitende Geschäftsabsicht oder einen grenzüberschreitenden Geschäftszweck,</p> <p>– die Zielvorgabe, in mehr als einem Mitgliedstaat in erheblichem Umfang tätig zu sein,</p> <p>– Niederlassungen in verschiedenen Mitgliedstaaten, oder</p>	<p>[...] (ea) it shall have a cross-border component demonstrated by one of the following:</p> <p>– a cross-border business intention or corporate object,</p> <p>– an objective to be significantly active in more than one Member State,</p> <p>– establishments in different Member States, or</p>	[Unverändert, Vorschläge des Parlaments nicht übernommen.]	<p>[...] (3) Eine SPE hat zum Zeitpunkt ihrer Eintragung eine grenzüberschreitende Komponente, die durch einen der nachstehenden Sachverhalte belegt ist:</p> <p>a) Die SPE beabsichtigt, in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Eintragung Geschäfte zu betreiben oder</p> <p>b) die Satzung der SPE nennt einen grenzüberschreitenden Geschäftszweck oder</p> <p>c) die SPE besitzt eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in einem anderen Mitglied-</p>	<p>[...] 3. An SPE shall have a cross-border component at the time of its registration, demonstrated by one of the following:</p> <p>(a) an intention to do business in a Member State other than the one in which the SPE is registered; or</p> <p>(b) a cross-border business object set out in the articles of association of the SPE; or</p> <p>(c) a branch or a subsidiary registered in a Member State other than the one in which the SPE is</p>	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
			– eine in einem anderen Mitgliedstaat eingetragene Muttergesellschaft.	– a parent company registered in another Member State.		staat als dem ihrer Eintragung oder d) ein oder mehrere Gesellschafter sind in mehr als einem Mitgliedstaat oder in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Eintragung der SPE wohnhaft oder eingetragen.	registered; or (d) a member or members being resident or registered in more than one Member State or in a Member State other than the one in which the SPE is registered.	
Art. 4 (Auf eine SPE anwendbare Bestimmungen)	(1) Für eine SPE gelten die Bestimmungen dieser Verordnung und für die in Anhang I genannten Punkte die Bestimmungen ihrer Satzung. Ist ein Punkt nicht durch die Artikel oder durch Anhang I dieser Verordnung abgedeckt, so gelten die Rechtsvorschriften, die der Mitgliedstaat, in dem die SPE ihren Sitz hat, für Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung erlassen hat, einschließlich der Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts, nachstehend „anwendbares Recht“ genannt.	1. An SPE shall be governed by this Regulation and also, as regards the matters listed in Annex I, by its articles of association. However, where a matter is not covered by the articles of this Regulation or by Annex I, an SPE shall be governed by the law, including the provisions implementing Community law, which applies to private limited-liability companies in the Member State in which the SPE has its registered office, hereinafter "applicable national law".	[Unverändert.]		1. An SPE shall be governed by: (a) this Regulation, including its Annexes, and (b) its articles of association. 2. In the case of matters that are not, or are only partly, regulated by this Regulation, and if these matters are not listed <u>in Annex I</u> , an SPE shall be governed by the following rules: (a) the provisions of laws adopted by Member States in relation to this Regulation in order to ensure its effective application, and (b) for matters not covered by point (a), the provisions of national law, including the provisions implementing Community law, which apply to private limited-liability companies – listed in Annex II - in the Member State in which the SPE has its registered office, hereinafter "applicable national law". 3. Without prejudice to paragraph 1, matters listed in Annex I shall be governed by the applicable national law where such matters have not been included in the articles of association of an SPE.	(1) Eine SPE unterliegt a) dieser Verordnung und b) ihrer Satzung. (2) In Bezug auf Bereiche, die nicht oder nur teilweise durch diese Verordnung geregelt werden, und sofern diese Bereiche nicht <u>in Artikel 8 oder Anhang I</u> genannt sind, gelten für eine SPE a) die Rechtsvorschriften, die die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit dieser Verordnung erlassen, um ihre wirksame Anwendung zu gewährleisten, und b) für andere als die in Buchstabe a genannten Bereiche die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, einschließlich derjenigen zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts, die der Sitzmitgliedstaat der SPE für die in Anhang II genannten Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung erlassen hat (nachstehend "maßgebendes innerstaatliches Recht" genannt). (3) Unbeschadet des Absatzes 1 gilt für die in Anhang I genannten Bereiche das maßgebende innerstaatliche Recht, sofern diese Bereiche nicht oder nur teilweise in der Satzung der SPE geregelt sind.	1. [Unverändert.] 2. In the case of matters that are not, or are only partly, regulated by this Regulation, and if these matters are not listed <u>in Article 8 or Annex I</u> , an SPE shall be governed by the following rules: [Ab hier unverändert.] 3. Without prejudice to paragraph 1, matters listed in Annex I shall be governed by the applicable national law where such matters have not been included or have been only partly included in the articles of association of an SPE.	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
					(4) Gelten für die von der SPE betriebenen Geschäfte besondere einzelstaatliche Rechtsvorschriften, so finden diese auch auf die SPE Anwendung.	tion of an SPE. 4. If the nature of the business carried out by an SPE is regulated by specific provisions of national law, those provisions shall apply to the SPE.	
Art. 5 (Gründungsmöglichkeiten)	(2) Wird eine SPE durch Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung bestehender Gesellschaften gegründet, so gilt das innerstaatliche Recht, das auf die umwandelnde Gesellschaft, auf jede der verschmelzenden Gesellschaften oder auf die sich spaltende Gesellschaft anwendbar ist. [...]	2. Formation of the SPE by the transformation, merger or division of existing companies shall be governed by the national law applicable to the transforming company, to each of the merging companies or to the dividing company. [...] 3. For the purposes of paragraphs 1 and 2, 'company' shall mean any form of company that may be set up under the law of the Member States, a European Company and, where applicable, an SPE.	[Unverändert.]	2. [Unverändert, außer dass statt „company“ der Begriff „legal body“ verwandt wird.] An SPE may not be formed by transformation, merger or division of legal bodies, if the applicable national law prohibits, restricts or does not provide for a possibility to: (a) transform such legal bodies into a private limited-liability company, (b) merge or divide such legal bodies where, in the case of a merger, the resulting company or, in the case of a division, at least one recipient company is a private limited-liability company. 3. [...] [Platzhalter im Originaltext.] 3a. Where an SPE is formed by the transformation of an existing legal body, the registered office of the SPE shall be located in the same	[Abs. 2, 3 und 3a gestrichen, neu eingefügt wurde Art. 5b – „Gründung durch Umwandlung.“]		[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009	Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011	
					Member State as the registered office of the transforming legal body.			
Art. 5a (Neugründung) (eingefügt seit dem Entwurf der Schwedischen Ratspräsidentschaft)								
Art. 5b (Gründung durch Umwandlung) (eingefügt seit dem Entwurf der Schwedischen Ratspräsidentschaft)								
Art. 6 (Name der Gesellschaft)								
Art. 7 (Gesellschaftssitz)	<p>Eine SPE hat ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Gemeinschaft.</p> <p>Die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung einer SPE muss sich nicht im gleichen Mitgliedstaat befinden wie ihr eingetragener Sitz.</p>	<p>An SPE shall have its registered office and its central administration or principal place of business in the Community.</p> <p>An SPE shall not be under any obligation to have its central administration or principal place of business in the Member State in which it has its registered office.</p>	[Unverändert.]	[Unverändert.]	<p>[Unverändert.]</p> <p>[Gestrichen]</p> <p>[Nicht übernommen.]</p>	<p>(1) Eine SPE hat ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Europäischen Union.</p> <p>Eine SPE sollte ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung und/oder Hauptniederlassung für einen Zeitraum von zwei Jahren ab [...] in ein und demselben Mitgliedstaat haben.</p> <p>Nach Ende dieses Zeitraums gilt einzelstaatliches Recht.</p>	<p>1. An SPE shall have its registered office and its central administration or principal place of business in the European Union.</p> <p>For a period of two years as from [...] an SPE shall have its registered office and its central administration and/or its principal place of business in the same Member State.</p> <p>Thereafter national law shall apply.</p>	<p>(1) [Unverändert.]</p> <p>[Unverändert, außer dass die Zeitspanne drei statt zwei Jahre betragen soll.]</p>
Art. 8 (Satzung)	<p>1. Eine SPE verfügt über eine Satzung, die zumindest die in Anhang I dieser Verordnung genannten Punkte regelt.</p>	<p>1. An SPE shall have articles of association that cover at least the matters set out in this Regulation, as provided for in Annex I.</p>	1. [Unverändert.]	1. [Unverändert.]	1. [Unverändert.]	<p>(1) Eine SPE verfügt über eine Satzung, die zumindest folgende Angaben enthält:</p> <p>a) die Firma der SPE und die Anschrift ihres Sitzes,</p> <p>b) den Unternehmenszweck oder die Geschäftstätigkeit,</p> <p>c) das Geschäftsjahr der SPE,</p> <p>d) das Kapital der SPE,</p> <p>e) gegebenenfalls die Gesamtzahl der Geschäftsanteile und – soweit vorhanden – ihr Nennwert,</p> <p>ea) die an die Geschäftsanteile geknüpften geldlichen und nicht geldlichen Rechte sowie die mit den Geschäftsanteilen verbundenen Verpflichtungen,</p> <p>eb) gegebenenfalls die</p>	<p>1. An SPE shall have articles of association that cover at least the following particulars:</p> <p>(a) the name of the SPE and the address of its registered office;</p> <p>(b) the business object or business activity of the SPE;</p> <p>(c) the financial year of the SPE;</p> <p>(d) the capital of the SPE;</p> <p>(e) where applicable, the total number of units and, if the units have nominal value, their nominal value;</p> <p>(ea) the pecuniary and non-pecuniary rights and the obligations attached to the units;</p> <p>(eb) the classes of units,</p>	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
					<p>Gattungen von Geschäftsanteilen und die Zahl der Anteile in jeder Gattung, ec) die Art des Geschäfts-führungsorgans, das Vorhandensein eines Aufsichtsorgans, und die Zusammensetzung dieser Gremien,</p> <p>f) die Höhe des bei der Gründung einzuzahlenden Stammkapitals,</p> <p>g) die Namen und An-schriften der Gründungs-gesellschafter, die Anzahl der von jedem Grün-dungsgesellschafter gezeichneten Geschäfts-anteile, gegebenenfalls die Gattung der betref-fenden Anteile,</p> <p>h) gegebenenfalls die Höhe der von jedem Gründungsgesellschafter zu leistenden Bareinlage,</p> <p>i) gegebenenfalls den Wert und die Art jeder von jedem Gründungs-gesellschafter zu leistenden Sacheinlage,</p> <p>j) die Namen und An-schriften sowie alle sonstigen erforderlichen Angaben zu den Persona-lien des oder der ersten Geschäftsführer(s) sowie gegebenenfalls des oder der ersten Abschlussprü-fer(s) erforderlich sind.</p> <p>(1a) Zusätzlich zu den Angaben nach Absatz 1 kann die Satzung einer SPE unbeschadet dieser Richtlinie Bestimmungen zur Regelung der in Anhang I genannten Punkte enthalten.</p> <p>In diesem Fall findet das einzelstaatliche Recht auf diese Bereiche keine Anwendung, insoweit sie durch die Satzung geregelt sind.</p> <p>Unbeschadet dieser</p>	<p>if any, and the number of units in each class;</p> <p>(ec) the type of man-agement body, whether there is a supervisory board, and their compo-sition;</p> <p>(f) the amount of the capital to be paid up on formation;</p> <p>(g) the names and addresses of the found-ing members, the number of units sub-scribed for by each founding member and, where applicable, to what class those units belong;</p> <p>(h) the amount of each consideration in cash, if any, to be paid by each founding member;</p> <p>(i) the value and nature of each consideration in kind, if any, to be provid-ed by each founding member;</p> <p>(j) the names, addresses and any other infor-mation necessary to identify the initial director or directors and, where applicable, the initial auditor or auditors of the SPE.</p> <p>1a. In addition to the matters listed in para-graph 1, the articles of association of an SPE may, without prejudice to this Regulation, include provisions concerning matters listed in Annex I.</p> <p>In that case national law shall not apply to those matters to the extent to which they are included in the articles of associa-tion.</p> <p>Without prejudice to this</p>	

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>2. Die Satzung einer SPE liegt in schriftlicher Form vor und ist von allen Gründungsgesellschaften unterzeichnet.</p> <p>3. Satzung und sämtliche Änderungen können wie folgt geltend gemacht werden:</p> <p>(a) gegenüber den Anteilseignern, dem Leitungsorgan sowie gegebenenfalls dem Aufsichtsorgan der SPE ab dem Tag ihrer Unterzeichnung bzw. Annahme, wenn es sich um eine Änderung handelt;</p> <p>(b) gegenüber Dritten gemäß der Bestimmungen der anwendbaren innerstaatlichen Rechtsvorschriften zur Umsetzung von Artikel 3 Absätze 5, 6 und 7 der Richtlinie 68/151/EWG.</p>	<p>2. The articles of association of a SPE shall be in writing and signed by every founding shareholder.</p> <p>3. The articles of association and any amendments thereto may be relied upon as follows:</p> <p>(a) in relation to the shareholders and the management body of the SPE and its supervisory body, if any, from the date on which they are signed or, in the case of amendments, adopted;</p> <p>(b) in relation to third parties, in accordance with the provisions of the applicable national law implementing paragraphs 5, 6 and 7 of Article 3 of Directive 68/151/EEC.</p>	<p>2. [Unverändert.]</p> <p>Das geltende anwendbare nationale Recht kann weitere Formalitäten vorschreiben, es sei denn, die SPE bedient sich einer offiziellen Mustersatzung.</p> <p>[Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ verwandt wird, und dass zusätzlich auf Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 68/151/EWG verwiesen wird.]</p>	<p>2. [Unverändert.]</p> <p>Further formalities may be prescribed by the existing applicable national law, unless the SPE uses official model articles of association.</p> <p>[Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ verwandt wird, und dass zusätzlich auf Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 68/151/EWG verwiesen wird.]</p>	<p>2. [Unverändert, außer dass statt „shareholder“ der Begriff „member“ verwandt wird.] [Ersetzt durch einen neuen Abs. 4.]</p> <p>3. The articles of association and any amendments thereto may be relied upon in accordance with the provisions of the applicable national law implementing paragraphs 5, 6 and 7 of Article 3 of Directive 68/151/EEC.</p> <p>4. Without prejudice to this Regulation, Member States may draw up model articles of association.</p>	<p>Verordnung und des maßgebenden einzelstaatlichen Rechts können in der Satzung auch weitere Bereiche geregelt werden.</p> <p>(2) Die Satzung einer SPE liegt in schriftlicher Form vor und unterliegt den formalen Anforderungen gemäß dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht.</p> <p>(3) Die Satzung und sämtliche Änderungen können gemäß den Bestimmungen des maßgebenden einzelstaatlichen Rechts geltend gemacht werden.</p> <p>[Gestrichen.]</p>	<p>Regulation and applicable national law, the articles of association may also include provisions concerning other matters.</p> <p>2. The articles of association of an SPE shall be in writing and subject to the formal requirements of the applicable national law.</p> <p>3. The articles of association and any amendments thereto may be relied upon in accordance with the provisions of the applicable national law.</p> <p>[Gestrichen.]</p>	
Art. 9 (Eintragung)								
Art. 9a (Änderungen der für die Eintragung vorgelegten Dokumente und Angaben) (eingefügt seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft)								
Art. 10 (Formalitäten für die Eintragung) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 9)	<p>2. Die Mitgliedstaaten können für einen Antrag auf Eintragung einer SPE nur folgende Angaben <u>und</u> Dokumente verlangen:</p> <p>[...]</p> <p>(g) die Satzung der SPE,</p>	<p>2. Member States shall not require any particulars <u>and</u> documents to be supplied upon application for the registration of a SPE other than the following:</p> <p>[...]</p> <p>(g) the articles of association</p>	<p>2. Die Mitgliedstaaten können für einen Antrag auf Eintragung einer SPE nur folgende Angaben <u>oder</u> Dokumente verlangen:</p> <p>[...]</p>	<p>2. Member States shall not require any particulars <u>or</u> documents to be supplied upon application for the registration of a SPE other than the following:</p> <p>[...]</p>	<p>2. [Im Vergleich zum Kommissionsentwurf unverändert.]</p>	2. [Unverändert.]	2. [Unverändert.]	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>[...]</p> <p>(3) Die in Absatz 2 genannten Dokumente und Angaben werden in der durch das anwendbare innerstaatliche Recht vorgeschriebenen Sprache geliefert.</p> <p>4. Die Eintragung einer SPE kann nur an eine der folgenden Bedingungen geknüpft werden:</p> <p>(a) die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Dokumente und Angaben der SPE durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde,</p> <p>(b) die Beglaubigung der Dokumente und Angaben der SPE.</p> <p>5. Die SPE teilt dem Register jede Änderung der in Absatz 2 Buchstaben a bis g genannten Angaben oder Dokumente innerhalb von 14 Kalendertagen nach der betreffenden Änderung mit.</p> <p>Nach jeder Satzungsänderung übermittelt die SPE dem Register den ungekürzten Wortlaut der letzten Fassung.</p>	<p>tion of the SPE; [...]</p> <p>3. The documents and particulars referred to in paragraph 2 shall be provided in the language required by the applicable national law.</p> <p>4. Registration of the SPE may be subject to only one of the following requirements:</p> <p>(a) a control by an administrative or judicial body of the legality of the documents and particulars of the SPE;</p> <p>(b) the certification of the documents and particulars of the SPE.</p> <p>5. The SPE shall submit any change in the particulars or documents referred to in points (a) to (g) of paragraph 2 to the register within 14 calendar days of the day on which the change takes place.</p> <p>After every amendment to the articles of association, the SPE shall submit its complete text to the register as amended to date.</p>	<p>[Unverändert.] [...]</p> <p>(3) [Unverändert.]</p> <p>4. Die Eintragung einer SPE ist an mindestens eine der folgenden Bedingungen geknüpft:</p> <p>a) die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Dokumente und Angaben der SPE durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde,</p> <p>b) die Beglaubigung oder Beurkundung der Dokumente und Angaben der SPE.</p> <p>(5) [Unverändert.]</p>	<p>[Unverändert.] [...]</p> <p>(3) [Unverändert.]</p> <p>4. Registration of the SPE shall be subject to at least one of the following requirements:</p> <p>(a) a control by an administrative or judicial body of the legality of the documents and particulars of the SPE;</p> <p>(b) the certification or legal authentication of the documents and particulars of the SPE.</p> <p>(5) [Unverändert.]</p>	<p>(3) [Unverändert.]</p> <p>4. The compliance of the documents and particulars of an SPE with this Regulation, the articles of association and national law shall be subject to a single control. This control shall be carried out in accordance with the applicable national law; in particular by a notary, a judicial body, another competent authority and/or by self-certification, including by an authorised signatory.</p> <p>However, there shall be no duplication of substantive controls of the documents and particulars.</p> <p>5. The management body or any person authorised to represent the SPE shall submit any change with respect to the particulars or documents referred to in paragraph 2 to the register within 14 calendar days of the day on which the change takes place.</p> <p>After every amendment to the articles of association, the SPE shall submit its complete text to the register as amended to date.</p> <p>The submission of the changes may be done by electronic means in</p>	<p>(3) [Unverändert.]</p> <p>(4) Die Übereinstimmung der Unterlagen und Angaben einer SPE mit dieser Verordnung, der Satzung und dem innerstaatlichen Recht ist Gegenstand einer Kontrolle, die im Einklang mit dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht durchgeführt wird, insbesondere durch einen Notar, eine Justizbehörde, eine andere zuständige Behörde und/oder durch Eigenbescheinigung (auch durch einen Handlungsbevollmächtigten).</p> <p>Unnötige Kontrollen der Dokumente und Angaben in entscheidenden Fragen sind zu vermeiden.</p> <p>[Abs. 5 gestrichen und durch neuen Art. 9a ersetzt:]</p> <p>(1) Das Geschäftsführungsorgan der SPE oder eine vertretungsbefähigte Person teilt dem Register jede Änderung der in Artikel 9 Absatz 2 genannten Angaben oder Dokumente innerhalb von 14 Kalendertagen nach der betreffenden Änderung mit.</p> <p>Nach jeder Satzungsänderung übermittelt die SPE dem Register den ungekürzten Wortlaut der letzten Fassung.</p> <p>(2) Die Änderungen werden gemäß den Bestimmungen des</p>	<p>(3) [Unverändert.]</p> <p>(4) The compliance of the documents and particulars of an SPE with this Regulation, the articles of association and national law shall be subject to control that shall be carried out in accordance with the applicable national law; in particular by a notary, a judicial body, another competent authority and/or by self-certification, including by an authorised signatory.</p> <p>However, unnecessary substantive controls of the documents and particulars shall be avoided.</p> <p>[Abs. 5 gestrichen und durch neuen Art. 9a ersetzt:]</p> <p>1. [Unverändert.]</p> <p>2. The submission of the changes shall be made in accordance with the</p>	

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

Kommission vom 25.06.2008			Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
			Absatz 1 Satz 2 und Absatz 4 gelten entsprechend.	The second sentence of paragraph 1 and paragraph 4 shall apply mutatis mutandis.	accordance with paragraph 1. Paragraphs 3 and 4 shall apply.	maßgebenden einzelstaatlichen Rechts übermittelt. Artikel 9 Absatz 4 findet Anwendung.	provisions of the applicable national law. Paragraph 4 of Article 9 shall apply.	
Art. 11 (Publikationspflichten)	(1) Die Veröffentlichung der nach dieser Verordnung offenzulegenden Dokumente und Angaben erfolgt gemäß der anwendbaren innerstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung von Artikel 3 der Richtlinie 68/151/EWG. (2) Briefbögen und Bestellformulare einer SPE - ob in Papier- oder elektronischer Form - sowie gegebenenfalls die Website der Gesellschaft enthalten folgenden Angaben: [...]	1. The disclosure of the documents and particulars concerning an SPE which must be disclosed under this Regulation shall be effected in accordance with the applicable national law implementing Article 3 of Directive 68/151/EEC. (2) The letters and order forms of an SPE, whether they are in paper or electronic form, as well as its website, if any, shall state the following particulars: [...]	(1) <i>[Unverändert.]</i> (2) <i>[Weitestgehend unverändert.]</i>		(1) <i>[Unverändert.]</i> (2) <i>[Weitestgehend unverändert.]</i>	(1) Die Veröffentlichung der nach dieser Verordnung bekannt zu machen- den Dokumente und Angaben erfolgt gemäß dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht. <i>[Unverändert.]</i> d) Angaben dazu, ob Ausschüttungen auf der Grundlage eines Bilanz- tests nach Artikel 21 Absatz 1 und/oder einer Solvenzbescheinigung nach Artikel 21 Absatz 4 erfolgen.	1. The disclosure of the documents and particulars concerning an SPE which must be disclosed under this Regulation shall be effected in accordance with the applicable national law. <i>[Unverändert.]</i> (d) whether distributions are based on a balance- sheet test in accordance with paragraph 1, Article 21 and/or a solvency statement, in accordance with paragraph 4, Article 21.	<i>[Unverändert.]</i>
Art. 12 (Haftung für Handlungen vor Eintragung einer SPE)								
Art. 13 (Zweigniederlassungen) (gestrichen seit dem Entwurf der Schwedischen Ratspräsidentschaft)								
Art. 14 (Anteile)								
Art. 15 (Verzeichnis der Anteilseigner)								
Art. 16 (Übertragung von Anteilen)	(3) <i>[Hinweis darauf, dass die Satzung Regelungen für die Anteilsübertragung vorsieht.]</i> (5) Eine Anteilsübertragung ist nur gültig, wenn sie mit dieser Verordnung und der Satzung in Einklang steht. Es gelten die Bestimmungen der anwendbaren innerstaatlichen Rechtsvorschriften zum Schutz von Personen, die Anteile in gutem Glauben erwerben.	(3) <i>[Hinweis darauf, dass die Satzung Regelungen für die Anteilsübertragung vorsieht.]</i> 5. A transfer of shares shall be valid only if it complies with this Regulation and the articles of association. The provisions of the applicable national law concerning the protection of persons who acquire shares in good faith shall apply.	(3) <i>[Weitestgehend unverändert.]</i> (5) <i>[Unverändert.]</i>		Subject to Article 28, a decision introducing or amending a restriction on or prohibition of the transfer of shares may be adopted only with the consent of all members affected by the restriction or prohibition in question. [...]	(1) Unbeschadet dieser Verordnung regelt sich die Übertragung von Geschäftsanteilen einer SPE nach dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht. (2) <i>[Hinweis darauf, dass Vinkulierungen durch Gesellschafterbeschlüsse begründet werden können.]</i>	1. Without prejudice to this Regulation, the transfer of the units of an SPE shall be governed by the applicable national law. (2) <i>[Hinweis darauf, dass Vinkulierungen durch Gesellschafterbeschlüsse begründet werden können.]</i>	<i>[Unverändert.]</i>
Art. 17 (Ausschluss eines Anteilseigners) (gelöscht seit dem Entwurf der Schwedischen Ratspräsidentschaft)								
Art. 18 (Ausscheiden eines Anteilseigners) (gelöscht seit dem Entwurf der Schwedischen Ratspräsidentschaft)								

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsi- dentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsi- dentschaft vom 23.05.2011
Art. 19 (Gesell- schaftskapital)	1. Unbeschadet des Artikels 42 lautet das Kapital der SPE auf Euro. 2. Das Kapital der SPE wird in vollem Umfang gezeichnet. 3. Die Anteile der SPE müssen bei Ausgabe nicht in voller Höhe bezahlt werden. 4. Das Kapital der SPE beträgt mindestens 1 Euro.	1. Without prejudice to Article 42, the capital of the SPE shall be expressed in euro. 2. The capital of the SPE shall be fully subscribed. 3. The shares of the SPE do not need to be fully paid on issue. 4. The capital of the SPE shall be at least EUR 1.	1. – 3. [Unverändert.] 4. Das Kapital der SPE beträgt mindestens 1 Euro, vorausgesetzt, dass die Satzung vor- sieht, dass das Ge- schäftsleitungsorgan eine Solvenzbescheini- gung gemäß Artikel 21 unterzeichnet. Falls die Satzung keine diesbezügliche Bestim- mung enthält, muss das Kapital der SPE mindes- tens 8000 Euro betra- gen.	1. – 3. [Unverändert.] 4. The capital of the SPE shall be at least EUR 1, provided that the articles of associa- tion require that the executive management body sign a solvency certificate as referred to in Article 21. Where the articles of association contain no provision to that effect, the capital of the SPE shall be at least EUR 8000.	1. – 2. [Unverändert.] [Abs. 3 a. F. gelöscht.] 3. The capital of the SPE shall be at least EUR 1. <			

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	Absätze 1 und 2 fällt die Verpflichtung der Anteilseigner für das gezahlte Entgelt bzw. die geleistete Sacheinlage unter das anwendbare innerstaatliche Recht.	paragraphs 1 and 2, the liability of shareholders for the consideration paid or provided shall be governed by the applicable national law.	Sacheinlage nicht den Betrag des dafür übernommenen Anteils, hat der Anteilseigner eine Bareinlage in Höhe des Fehlbetrags zu leisten. Der Anspruch der Gesellschaft auf Leistung verjährt in acht Jahren nach Eintragung der Gesellschaft.	the consideration in kind falls short of the value of the share acquired, the shareholder shall pay a consideration in cash equal to the shortfall. The company's claim to payment shall lapse eight years after the company's registration.	von Dienstleistungen als Sacheinlagen.] 3. [...]	3. [...]		
Art. 21 (Ausschüttungen)	1. Unbeschadet des Artikels 24 kann die SPE auf Vorschlag des Leitungsorgans eine Ausschüttung an die Anteilseigner vornehmen, sofern die Vermögenswerte der SPE nach dieser Ausschüttung ihre Schulden in vollem Umfang abdecken. Die SPE darf keine Rücklagen ausschütten, die ihrer Satzung zufolge nicht ausschüttungsfähig sind.	1. Without prejudice to Article 24, the SPE may, on the basis of a proposal of the management body, make a distribution to shareholders provided that, after the distribution, the assets of the SPE fully cover its liabilities. The SPE may not distribute those reserves that may not be distributed under its articles of association.	(1) [Unverändert.] Eine Ausschüttung ist nur zulässig, soweit der verbleibende Betrag der Einlage nicht unter den in Artikel 19 Absatz 4 bezeichneten Mindestbetrag herabsinkt.	(1) [Unverändert.] A distribution shall be permissible only where the remaining amount of the deposit does not fall below the minimum amount referred to in Article 19(4).	1. Except in the case of a reduction of the subscribed capital, the SPE may not make a distribution to its members if on the closing date of the last financial year the net assets as set out in the SPE's annual accounts are, or following such a distribution would become, lower than the amount of the subscribed capital plus those reserves which may not be distributed under the applicable national law or the articles of association of the SPE. Changes in the subscribed capital which have occurred subsequent to the closing date of the financial year shall be taken into account. Where the uncalled part of the subscribed capital is not included in the assets shown in the balance sheet, this amount shall be deducted from the amount of the subscribed capital. 2. The amount of a distribution to members may not exceed the amount of the profits at the end of the last financial year plus any profits brought forward and sums drawn from	(1) Eine SPE darf keine Ausschüttung an ihre Gesellschafter vornehmen, wenn bei Abschluss des letzten Geschäftsjahres das im Jahresabschluss der SPE ausgewiesene Nettoaktivvermögen den Betrag des Stammkapitals zuzüglich der kraft Satzung nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen unterschreitet oder durch eine solche Ausschüttung unterschreiten würde. Die Berechnung erfolgt unter Zugrundelegung der letzten festgestellten Bilanz Nach Abschluss Geschäftsjahres eingetretene Änderungen des Kapitals oder der nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen sind zu berücksichtigen. Wird der noch nicht eingezahlte Teil des Stammkapitals nicht auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesen, wird das ausgewiesene Kapital um diesen Betrag vermindert. (2) Der Betrag einer Ausschüttung an die Gesellschafter darf den Betrag des Ergebnisses des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres, zuzüglich des Gewinnvortrags und der Entnahmen	1. The SPE may not make a distribution to its members if on the closing date of the last financial year the net assets as set out in the SPE's annual accounts are, or following such a distribution would become, lower than the amount of the capital plus those reserves which may not be distributed under the articles of association of the SPE. The calculation shall be based on the most recently adopted balance sheet. Changes in the capital or the reserves which may not be distributed which have occurred subsequent to the closing date of the financial year shall be taken into account. [Unverändert]. 2. [Unverändert.]	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
					reserves available for this purpose, less any losses brought forward and sums placed to reserve in accordance with the applicable national law or the articles of association of the SPE. The calculation shall be based on the most recently adopted balance sheet.	aus hierfür verfügbaren Rücklagen, jedoch vermindert um Verluste aus früheren Geschäftsjahren und um kraft Satzung in die Rücklage eingestellte Beträge nicht überschreiten. Die Berechnung erfolgt unter Zugrundelegung der letzten festgestellten Bilanz.	[...] in accordance with the articles of association of the SPE. The calculation shall be based on the most recently adopted balance sheet.	
			(2) [Unverändert.]	(2) [Unverändert.]				

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>2. Falls die Satzung dies vorschreibt, unterzeichnet das Leitungsorgan der SPE zusätzlich zur Einhaltung des Absatzes 1 vor einer Ausschüttung eine Erklärung, nachstehend „Solvenzbescheinigung“ genannt, in der bescheinigt wird, dass die SPE in dem auf die Ausschüttung folgenden Jahr in der Lage sein wird, ihre Schulden bei deren Fälligkeit im Rahmen ihrer normalen Geschäftstätigkeit zu begleichen.</p>	<p>2. If the articles of association so require, the management body of the SPE, in addition to complying with paragraph 1, shall sign a statement, hereinafter a 'solvency certificate', before a distribution is made, certifying that the SPE will be able to pay its debts as they become due in the normal course of business within one year of the date of the distribution.</p>		<p>3. If the articles of association allow for the payment of interim dividends, the following provisions shall apply:</p> <p>(i) interim accounts shall be drawn up showing that the funds available for distribution are sufficient, and</p> <p>(ii) the amount to be distributed may not exceed the total profits made since the end of the last financial year for which the annual accounts have been drawn up, plus any profits brought forward and sums drawn from reserves available for this purpose, less losses brought forward and sums to be placed to reserve in accordance with the applicable national law or the articles of association of the SPE.</p> <p>4. Member States may require that the management body of the SPE, in addition to complying with paragraphs 1-3, shall sign a statement, hereinafter a 'solvency certificate', at the latest 15 calendar days before a distribution is made, certifying that the SPE will be able to pay its debts as they become due in the normal course of business within one year of the date of the distribution.</p>	<p>(3) Lässt die Satzung die Auszahlung von Zwischendividenden zu, so gelten folgende Bestimmungen:</p> <p>i) Es wird eine Zwischenbilanz erstellt, aus der hervorgeht, dass für die Ausschüttung genügend Mittel zur Verfügung stehen, und</p> <p>ii) der auszuschüttende Betrag darf den Betrag des Ergebnisses, das seit dem Ende des letzten Geschäftsjahres, für das der Jahresabschluss aufgestellt worden ist, erzielt worden ist, zuzüglich des Gewinnvortrags und der Entnahmen aus hierfür verfügbaren Rücklagen, jedoch vermindert um die Verluste aus früheren Geschäftsjahren sowie um die kraft Satzung in die Rücklage einzustellenden Beträge, nicht überschreiten.</p> <p>(4) Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass mindestens 15 Tage bevor die Gesellschafter einen Beschluss über eine Ausschüttung gemäß Artikel 28 Buchstabe e fassen, das Geschäftsführungsorgan der SPE schriftlich bestätigen muss, dass die Geschäftsführer nach umfassender Prüfung der Geschäfte und der geschäftlichen Aussichten der SPE zu der begründeten Auffassung gelangt sind, dass die SPE in dem auf die Ausschüttung folgenden Jahr in der Lage sein wird, ihre Schulden bei deren Fälligkeit im Rahmen ihrer</p>	<p>3. [Unverändert.]:</p> <p>(i) [Unverändert.]</p> <p>(ii) [Unverändert.]</p> <p>[...] in accordance with the articles of association of the SPE.</p> <p>4. Member States may require that at least 15 days before a resolution under Article 28(e) to make a distribution is agreed by the members, the management body must certify in writing that, having made full inquiry into the affairs and prospects of the SPE, the directors have formed the reasonable opinion that the SPE will be able to pay its debts as they fall due in the normal course of business in the year following the date of the proposed distribution (a "solvency statement").</p>	

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	Den Anteilseignern wird diese Solvenzbescheinigung vor einem in Artikel 27 genannten Beschluss über die Ausschüttung vorgelegt. Die Solvenzbescheinigung wird veröffentlicht.	Shareholders shall be provided with the solvency certificate before the resolution on the distribution referred to in Article 27 is taken. The solvency certificate shall be disclosed.			Members shall be provided with the solvency certificate before the resolution on the distribution referred to in Article 28 is taken. The solvency certificate shall be disclosed.	normalen Geschäftstätigkeit zu begleichen ("Solvenzbescheinigung"). Die Solvenzbescheinigung ist vom Geschäftsführungsorgan zu unterzeichnen und den Gesellschaftern in Kopie vorzulegen, bevor der Beschluss über die Ausschüttung gefasst wird. Die Solvenzbescheinigung wird gemäß der Richtlinie 68/151/EWG vom 9. März 1968 offen gelegt.	The solvency statement must be signed by the management body and a copy of it must be provided to the members before the resolution on the distribution is taken. The solvency certificate shall be disclosed in accordance with Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968.	
Art. 22 (Rückforderung von Ausschüttungen)	Jeder Anteilseigner, der Ausschüttungen erhalten hat, die nicht mit Artikel 21 in Einklang stehen, muss diese Ausschüttungen der SPE zurückerstat-ten, wenn diese nachweist, dass er über die Unregelmäßigkeit im Bilde war oder angesichts der Umstände darüber im Bilde hätte sein müssen.	Any shareholder who has received distributions made contrary to Article 21 must return those distributions to the SPE, provided that the SPE proves that the shareholder knew or in view of the circumstances should have been aware of the irregularities.	[Unverändert.] [Gestrichen.]		[Unverändert im Vergleich zum Kommissionsentwurf, außer dass statt "shareholders" der Begriff "members" verwandt wird.]	Jeder Gesellschafter, der Ausschüttungen erhalten hat, muss diese der SPE zurückerstat-ten, wenn die SPE nachweist, dass ihm bekannt war oder angesichts der Umstände hätte bekannt sein müssen, dass die Ausschüttung entgegen Artikel 21 erfolgt ist oder dass die Solvenzbescheinigung nicht hätte gegeben werden dürfen.	Any member who has received distributions must return those distributions to the SPE, provided that the SPE proves that the member knew or in view of the circumstances should have been aware of the fact that the distribution was made contrary to Article 21 or that the solvency statement should not have been made.	[Unverändert.]
Art. 23 (Eigene Anteile)	(5) [Hinweis darauf, dass die Satzung Regelungen für den Erwerb eigener Anteile vorsehen kann.] (6) [Regelung zur Anteilslösung vorbehaltlich des Abs. 5 und des nationalen Rechts.]		[Unverändert.]		(5) [Hinweis darauf, dass die Satzung oder nationales Recht Regelungen für den Erwerb eigener Anteile vorsehen kann.] (6) [Gestrichen.]	(2) [Hinweis darauf, dass die Satzung den Erwerb eigener Anteile verbieten kann.] (5) [Hinweis darauf, dass die Satzung Regelungen für den Erwerb eigener Anteile vorsehen kann.] (6) [Unverändert.]		[Unverändert.]
Art. 24 (Kapitalherabsetzung)	[...]		[Hinweis darauf, dass der Mindeststammkapitalbetrag nicht unterschritten werden darf.]		[Umfangreiche Änderungen]	[Weitere Anpassungen.]		[Unverändert.]
Art. 25 (Abschlüsse) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 26)	1. Für die Erstellung, Vorlage, Prüfung und Veröffentlichung von Abschlüssen gelten für die SPE die Vorschriften des anwendbaren innerstaatlichen Rechts.	1. An SPE shall be subject to the requirements of the applicable national law as regards preparation, filing, auditing and publication of accounts.	1. Für die Erstellung, Vorlage, Prüfung und Veröffentlichung von gesetzlich vorgeschriebenen Abschlüssen gelten für die SPE die Vorschriften des anwendbaren innerstaatlichen Rechts.	1. An SPE shall be subject to the requirements of the applicable national law as regards preparation, filing, auditing and publication of statutory accounts.	1. An SPE shall be subject to the requirements of the applicable national law, including the provisions implementing directives 78/660/EEC, 83/349/EEC and 2006/43/EC, as regards the preparation, filing,	(1) Für die Erstellung, Vorlage, Prüfung und Offenlegung von Abschlüssen gelten für die SPE die Vorschriften des maßgebenden einzelstaatlichen Rechts.	1. An SPE shall be subject to the requirements of the applicable national law as regards the preparation, filing, auditing and publication of accounts.	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	2. Die Bücher der SPE werden vom Leitungsorgan geführt. Für die Buchführung der SPE gilt das anwendbare innerstaatliche Recht.	2. The management body shall keep the books of the SPE. The bookkeeping of the SPE shall be governed by the applicable national law.	2. [Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ verwandt wird.]	2. [Unverändert, außer dass statt „management body“ der Begriff „executive management body“ verwandt wird.]	auditing and publication of accounts. 2. The management body shall keep the accounting records of the SPE.	(2) Die Bücher der SPE werden vom Geschäftsleitungsorgan geführt.	2. [Unverändert.]	
Art. 26 (Allgemeine Bestimmungen) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 27)	1. Die SPE verfügt über ein Leitungsorgan, das für die Leitung der SPE verantwortlich ist. Das Leitungsorgan kann alle Befugnisse der SPE ausüben, sofern diese Verordnung oder die Satzung nicht vorschreiben, dass sie von den Anteilseignern auszuüben sind. 2. Die Anteilseigner legen die Organisation der SPE vorbehaltlich dieser Verordnung fest.	1. The SPE shall have a management body, which shall be responsible for the management of the SPE. The management body may exercise all the powers of the SPE not required by this Regulation or the articles of association to be exercised by the shareholders. 2. The shareholders shall determine the organisation of the SPE, subject to this Regulation.	(1) [Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ verwandt wird.] Gesellschafterbeschlüsse binden das Geschäftsleitungsorgan im Innenverhältnis. (2) [Unverändert.]	(1) [Unverändert, außer dass statt „management body“ der Begriff „executive management body“ verwandt wird.] Members' resolutions shall be internally binding on the executive management body. (2) [Unverändert.]	1a. The main decision-making body in the SPE shall be the general assembly of the members. 1b. The general assembly shall determine the organisation of the SPE, subject to this Regulation. 1c. The SPE shall have a management body. The management body may exercise all the powers of the SPE not required by this Regulation or the articles of association to be exercised by the members. [Vgl. Abs. 1b n. F.]	(1a) Wichtigstes Beschlussfassungsorgan der SPE ist die Gesellschafterversammlung. (1b) [Gestrichen.] (1c) Die SPE verfügt über ein Geschäftsführungsorgan. Unbeschadet des Unterabsatzes 3 kann das Geschäftsführungsorgan alle Befugnisse der SPE ausüben, die nicht gemäß dieser Verordnung oder der Satzung den Gesellschaftern vorbehalten sind. Jedoch kann in einer SPE, in der die Befugnisse des Geschäftsführungsorgans und/oder der Gesellschafter teilweise durch das maßgebende einzelstaatliche Recht geregelt sind, das Geschäftsführungsorgan alle Befugnisse der SPE ausüben, die nicht gemäß dieser Verordnung, der Satzung oder dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht den Gesellschaftern oder gegebenenfalls dem Aufsichtsorgan vorbehalten sind. (1d) Die Beschlüsse des Geschäftsführungsorgans werden schriftlich niedergelegt.	1a. [Unverändert.] 1b. [Gestrichen.] 1c. The SPE shall have a management body. Without prejudice to the third subparagraph, the management body may exercise all the powers of the SPE not required by this Regulation or the articles of association to be exercised by the members of the SPE, <u>or, where applicable, the supervisory board.</u> However, in an SPE where the powers of the management body and/or the members of an SPE are partially governed by the applicable national law, the management body may exercise all the powers of the SPE not required by this Regulation, the articles of association or the applicable national law to be exercised by the members of the SPE, or, where applicable, the supervisory board. 1d. The decisions of the management body shall be recorded in writing.	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
					2. [...] <i>[Platzhalter im Original.]</i> 3. If the management body of an SPE consists of an administrative board, the SPE shall not have a supervisory board.	(2) <i>[Gestrichen.]</i>	2. <i>[Gestrichen.]</i>	
Art. 27 (Beschlüsse der Anteilseigner) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 28)	1. Unbeschadet Absatz 2 werden zumindest die folgenden Fragen durch einen Mehrheitsbeschluss der Anteilseigner - so wie in der Satzung der SPE festgelegt - geregelt: [...] (e) Ausschüttung an die Anteilseigner; [...] (h) Erhöhung des Gesellschaftskapitals; [...] (j) Ernennung und Entlassung von Mitgliedern der Unternehmensleitung und ihre Mandatszeit; [...] (p) Änderungen der Satzung, die nicht die unter Buchstabe a bis o genannten Punkte betreffen. 3. Die Annahme von Beschlüssen ist nicht an die Einberufung einer Hauptversammlung gebunden.	1. Without prejudice to paragraph 2, at least the following matters shall be decided by a resolution of the shareholders by a majority as defined in the articles of association of the SPE: [...] (e) distribution to the shareholders; [...] (h) increase of share capital; [...] (j) appointment and removal of directors and their terms of office; [...] (p) amendments to the articles of association, not covering matters mentioned in points (a) to (o). 3. The adoption of resolutions shall not require the organisation of a general meeting. The management body shall provide all shareholders with the proposals for resolutions	1. <i>[Unverändert.]</i>	1. <i>[Unverändert.]</i>	(1) <i>["the general assembly of the members" anstatt "the shareholders", "members" anstatt "shareholders", "subscribed capital" anstatt "share capital", ansonsten weitestgehend unverändert.]</i> 3. Without prejudice to paragraph 2 of Article 30, the adoption of resolutions shall not require the organisation of a general meeting. <i>[Unverändert, außer dass statt "shareholders" der Begriff "members" verwandt wird.]</i>	(1) <i>[Weitestgehend unverändert.]</i> [...] g) Kapitalerhöhungen; [...] i) Bestellung und Entlassung von Mitgliedern der Unternehmensleitung und ihre Mandatszeit, sofern die Satzung nicht vorsieht, dass die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans bestellt und ihre Mandatszeit vom Aufsichtsrat festgelegt wird; [...] o) Satzungsänderungen; [...] (1a0) Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass die Feststellung des Jahresabschlusses nicht durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung erfolgen muss. (3) Unbeschadet des Artikels 30 Absatz 2 ist die Annahme von Beschlüssen nicht an die Einberufung einer Gesellschafterversammlung gebunden. Das Geschäftsführungsorgan übermittelt allen Gesellschaftern die Beschlussvorlagen zu-	(1) <i>[Weitestgehend unverändert.]</i> [...] (g) increase of capital; [...] (i) appointment and removal of directors and their terms of office unless the articles of association prescribe that the members of the management body are appointed and their terms of office are determined by the supervisory board; [...] (o) amendments to the articles of association; [...] 1a0. Member States may prescribe that the annual accounts need not be approved by a resolution of the general assembly of members. 3. <i>[Unverändert.]</i>	<i>[Unverändert.]</i>

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>Das Leitungsorgan übermittelt allen Anteilseignern die Beschlussvorlagen zusammen mit ausreichenden Informationen, so dass sie eine Entscheidung in voller Kenntnis der Sachlage treffen können. Die Beschlüsse sind schriftlich aufzuzeichnen.</p> <p>Jeder Anteilseigner erhält Kopien der gefassten Beschlüsse.</p> <p>(4) Die Beschlüsse der Anteilseigner stehen mit dieser Verordnung und der Satzung der SPE im Einklang. Die Rechte der Anteilseigner auf Anfechtung der Beschlüsse unterliegen dem anwendbaren nationalen Recht.</p> <p>5. Hat die SPE lediglich einen Anteilseigner, nimmt er die in dieser Verordnung und in der Satzung der SPE festgelegten Rechte der Anteilseigner der SPE wahr und erfüllt ihre Verpflichtungen.</p> <p>6. Beschlüsse zu den in Absatz 1 genannten Punkten sind bekannt zu machen.</p> <p>(7) Die Beschlüsse können wie folgt als Grundlage herangezogen werden:</p>	<p>together with sufficient information to enable them to take an informed decision.</p> <p>Resolutions shall be recorded in writing.</p> <p>Copies of the decisions taken shall be sent to every shareholder.</p> <p>4. Resolutions of the shareholders shall comply with this Regulation and the articles of association of the SPE. The right of shareholders to challenge resolutions shall be governed by the applicable national law.</p> <p>5. If the SPE has only one shareholder, he shall exercise the rights and fulfill the obligations of the shareholders of the SPE set out in this Regulation and the articles of association of the SPE.</p> <p>6. Resolutions on matters indicated in paragraph 1 shall be disclosed.</p> <p>7. Resolutions may be relied on as follows:</p> <p>(a) in relation to the</p>	<p>4. [Unverändert.]</p> <p>Die Unwirksamkeit von Beschlüssen der Anteilseigner wegen Verletzung der Bestimmungen der Satzung, dieser Verordnung oder des anwendbaren Rechts kann nur durch Klage bei dem für den Sitz der SPE zuständigen Gericht geltend gemacht werden.</p> <p>[...]</p> <p>(5) [Unverändert.]</p> <p>(6) [Unverändert.]</p> <p>(7) [Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“</p>	<p>4. [Unverändert.]</p> <p>Resolutions of the shareholders may be declared ineffective on the grounds of an infringement of the provisions of the articles of association, of this Regulation or of the applicable law only by means of an action before the court that has jurisdiction in relation to the SPE's registered office.</p> <p>[...]</p> <p>(5) [Unverändert.]</p> <p>(6) [Unverändert.]</p> <p>(7) [Unverändert, außer dass statt „management body“ der Begriff „executive management</p>	<p>[Unverändert.]</p> <p>Copies of the decisions taken <u>and voting results</u> shall be sent to every member.</p> <p>(4) [Im Vergleich zum Kommissionsentwurf unverändert, außer dass statt „shareholders“ der Begriff „members“ verwandt wird.]</p> <p>(5) [“the general assembly of the members” anstatt “the shareholders”, ansonsten weitestgehend unverändert.]</p> <p>(6) [Unverändert.]</p> <p>(7) Resolutions may be relied on</p>	<p>sammen mit ausreichenden Informationen, die eine Entscheidung in voller Kenntnis der Sachlage ermöglichen. Die Beschlüsse werden schriftlich niedergelegt und unterliegen den formalen Anforderungen, die sich aus dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht ergeben. Jeder Gesellschafter erhält Kopien der gefassten Beschlüsse <u>und der Abstimmungsergebnisse</u>.</p> <p>(4) [Unverändert.]</p> <p>(5) [Unverändert.]</p> <p>(6) [Unverändert.]</p> <p>(7) Die Beschlüsse können</p>	<p>Resolutions shall be recorded in writing and subject to the formal requirements in this respect of the applicable national law.</p> <p>[Unverändert.]</p> <p>4. [Unverändert.]</p> <p>(5) [Unverändert.]</p> <p>(6) [Unverändert.]</p> <p>7. Resolutions may be relied on</p>	

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	(a) in Bezug auf die Anteilseigner, das Leitungsorgan der SPE und ihr Aufsichtsorgan, falls vorhanden, ab dem Tag ihrer Annahme, (b) in Bezug auf Dritte im Rahmen der Bestimmungen des anwendbaren nationalen Rechts, mit dem Artikel 3 Absatz 5, 6 und 7 der Richtlinie 68/151/EWG umgesetzt wurde.	shareholders, the management body of the SPE and its supervisory body, if any, on the date they are adopted, (b) in relation to third parties, in accordance with the provisions of the applicable national law implementing paragraphs 5, 6 and 7 of Article 3 of Directive 68/151/EEC.	verwandt wird.]	body“ verwandt wird.]	in accordance with the provisions of the applicable national law implementing paragraphs 5, 6 and 7 of Article 3 of Directive 68/151/EEC.	gemäß den Bestimmungen des maßgebenden einzelstaatlichen Rechts geltend gemacht werden.	in accordance with the provisions of the applicable national law.	
Art. 28 (Informationsrechte der Anteilseigner) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 29)	1. Die Anteilseigner haben das Recht, in Bezug auf Beschlüsse, den Jahresabschluss und sonstige Angelegenheiten im Zusammenhang mit den Tätigkeiten der SPE ordnungsgemäß unterrichtet zu werden und einschlägige Fragen an das Leitungsorgan der SPE zu stellen. 2. Das Leitungsorgan kann den Zugang zu Informationen nur dann verweigern, wenn dieser <u>den Geschäftsinteressen der SPE ernsthaft abträglich</u> sein könnte.	1. Shareholders shall have the right to be duly informed and to ask questions to the management body about resolutions, annual accounts and all other matters relating to the activities of the SPE. 2. The management body may refuse to give access to the information only if doing so could cause <u>serious harm to the business interests of the SPE</u> .	[Unverändert, außer dass statt “Leitungsorgan” der Begriff “Geschäftsleitungsorgan” verwandt wird.]		1. Members shall have the right to ask questions relating to the items on the agenda of the general meeting or to the proposal for resolutions and other important matters relating to the activities of the SPE. 2. The management body may refuse to give access to the information only if doing so could cause <u>serious harm to the business interests of the SPE</u> . <u>Refusal of access to information shall be justified in writing.</u>	(1) Die Gesellschafter haben das Recht, an das Geschäftsführungsorgan der SPE Fragen zu stellen in Bezug auf a) die Punkte auf der Tagesordnung der Gesellschafterversammlung, b) die Beschlussvorlagen, c) alle wichtigen Angelegenheiten im Zusammenhang mit den Tätigkeiten der SPE. Das Geschäftsführungsorgan übermittelt die Fragen und die Antworten an alle Gesellschafter. Es kann Fragen mit demselben Inhalt in einer Gesamtantwort beantworten. Eine Antwort gilt als gegeben, wenn die einschlägige Information auf der website der SPE in einem Frage-und-Antwort-Schema verfügbar ist. (2) Das Geschäftsführungsorgan kann Antworten nur dann verweigern, wenn dies <u>den Geschäftsinteressen der SPE, einschließlich der Vertraulichkeit ernsthaft abträglich</u> sein könnte. <u>Die Verweigerung des Zugangs zu Informationen ist schriftlich zu begründen und allen Gesellschaftern</u>	1. Members shall have the right to put questions to the management body relating to (a) the items on the agenda of the general meeting; (b) the proposal for resolutions; (c) any important matters relating to the activities of the SPE. The management body shall make the questions and the answers to such questions known to all members. The management body may provide an overall answer to questions having the same content. The answer shall be deemed to be given if the relevant information is available on the internet site of the SPE in a question and answer format. 2. The management body may refuse to answer only if doing so could cause <u>serious harm to the business interests, including confidentiality, of the SPE</u> . <u>Refusal of access to information shall be justified in writing and made known to all</u>	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
						mitzuteilen.	members.	
Art. 29 (Recht auf Beantragung eines Beschlusses und auf Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 30)								
Art. 30 (Mitglieder der Unternehmensleitung) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 31)	[Inhabilität von Geschäftsleitern richtet sich nach nationalem Recht]		[Unverändert.]		[Weitestgehend unverändert.]	[Einige Änderungen.]		[Unverändert.]
Art. 31 (Allgemeine Pflichten und allgemeine Verantwortung von Mitgliedern der Unternehmensleitung) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 32)	1. Ein Mitglied der Unternehmensleitung ist verpflichtet, im bestmöglichen Interesse der SPE zu handeln. Es handelt mit der Sorgfalt und der Eignung, die vernünftigerweise für die Ausübung der Tätigkeit gefordert werden können. 2. Die Mitglieder der Unternehmensleitung stehen der SPE gegenüber in der Pflicht. 3. Vorbehaltlich der Satzung der SPE vermeidet ein Mitglied der Unternehmensleitung jede Situation, von der vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass sie zu einem aktuellen oder potenziellen Interessenkonflikt zwischen seinen persönlichen Interessen und den Interessen der SPE bzw. zwischen seinen Verpflichtungen gegenüber SPE und seiner Pflicht gegenüber anderen juristischen oder natürlichen Personen führt. 4. Ein Mitglied der Unternehmensleitung einer SPE ist dem Unternehmen gegenüber für jede Handlung oder unterlassene Handlung verantwortlich, die gegen seine Pflichten infolge dieser Verordnung, der	1. A director shall have a duty to act in the best interests of the SPE. He shall act with the care and skill that can reasonably be required in the conduct of the business. 2. The duties of directors shall be owed to the SPE. 3. Subject to the articles of association of the SPE, a director shall avoid any situation that can be reasonably regarded as likely to give rise to an actual or potential conflict between his personal interests and those of the SPE or between his obligation towards the SPE and his duty to any other legal or natural person. 4. A director of the SPE shall be liable to the company for any act or omission in breach of his duties deriving from this Regulation, the articles of association of the SPE or a resolution of shareholders which causes loss or	1. [Unverändert.] 2. [Unverändert.] 3. [Unverändert.]	1. [Unverändert.] 2. [Unverändert.] 3. [Unverändert.]	A director shall have a duty owed to the SPE (a) to act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the SPE for the benefit of its members as a whole; (b) to exercise reasonable care, skill and diligence.	[Gestrichen.]		[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsi- dentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009	Ungarische Ratspräsi- dentschaft vom 23.05.2011
	<p>Satzung der SPE oder infolge eines Beschlusses der Anteilseigner verstößt und der SPE einen Verlust oder einen Schaden verursacht. Wurde ein derartiger Verstoß von mehr als einem Mitglied der Unternehmensleitung begangen, haften alle betreffenden Mitglieder der Unternehmensleitung gesamtschuldnerisch.</p> <p>(5) Unbeschadet dieser Verordnung fällt die Haftung der Mitglieder der Unternehmensleitung unter das anwendbare nationale Recht.</p>	<p>damage to the SPE.</p> <p>Where such breach has been committed by more than one director, all directors concerned shall be jointly and severally liable.</p> <p>5. Without prejudice to the provisions of this Regulation, the liability of directors shall be governed by the applicable national law.</p>	<p>ordnung, vom Statut der SPE oder von einem Beschluss der Anteilseigner auferlegten Pflichten ergeben.</p> <p>Diese Haftung erstreckt sich nicht auf diejenigen Mitglieder der Unternehmensleitung, die nachweisen können, dass sie schuldlos sind, und ihr fehlendes Einverständnis mit der Nichtbefolgung der Pflichten protokollieren ließen.</p> <p>5. Die Mitglieder der Unternehmensleitung leisten Entschädigungszahlungen insbesondere, wenn entgegen Artikel 21 Zahlungen erfolgten oder entgegen Artikel 23 Absatz 2 eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben wurden.</p> <p>Die Verpflichtung der Mitglieder der Unternehmensleitung, die Gläubiger der Gesellschaft zu entschädigen, wird nicht mit der Begründung dadurch aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschaft ge handelt haben.</p> <p>5a. Das Klagerecht gemäß dieses Artikels verjährt innerhalb von vier Jahren nach dem Zeitpunkt seines Entstehens.</p>	<p>tion, the articles of association of the SPE or a resolution of shareholders.</p> <p>Such liability shall not extend to directors who are able to demonstrate their blamelessness and who made known their disagreement with the failure to fulfil duties.</p> <p>5. Directors shall pay compensation in particular where payments have been made in breach of Article 21 or own shares in the company have been acquired in breach of Article 23 (2).</p> <p>A requirement on the part of the directors to compensate the company's creditors shall not be waived on the grounds that they acted in accordance with a resolution of the shareholders.</p> <p>5a. Any right of action pursuant to this Article shall lapse within four years of the date when it arose.</p>			
Art. 32 (Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen) (seit dem Entwurf der Tschechischen	Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen fallen unter die Vorschriften des anwendbaren nationalen Rechts zur Umsetzung der Richtlinien 78/660/EWG26 und 83/349/EWG des Rates.	Related party transactions shall be governed by the provisions of the applicable national law implementing Council Directives 78/660/EEC26 and 83/349/EEC.	[Unverändert.]		The disclosure of related party transactions shall be governed by the provisions of the applicable national law implementing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC.	[Gestrichen.]	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsi- dentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsi- dentschaft vom 23.05.2011
Ratspräsident- schaft Art. 33)							
Art. 33 (Vertre- tung der SPE gegenüber Dritten) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsi- dentschaft Art. 34)	<p>1. Die SPE wird gegen- über Dritten durch ein oder mehrere Mit- glied(er) der Unterneh- mensleitung vertreten. Handlungen der Mitglie- der der Unternehmens- leitung sind für die SPE verbindlich, auch wenn sie nicht zu den Gegen- ständen der SPE gehören.</p> <p>2. In der Satzung der SPE kann vorgeschrieben werden, dass Mitglieder der Unternehmenslei- tung ihre allgemeine Vertretungsbefugnis gemeinsam wahrzuneh- men haben.</p> <p>Jede weitere Beschrän- kung der Befugnisse der Mitglieder der Unter- nehmensleitung infolge der Satzung, eines Beschlusses der Anteils- eigner oder einer Ent- scheidung des Leitungs- oder, falls vorhanden, des Aufsichtsorgans kann gegenüber Dritten nicht geltend gemacht werden, selbst wenn sie bekannt gemacht wurde.</p> <p>3. Die Mitglieder der Unternehmensleitung können das Recht auf Vertretung der SPE im Sinne der Satzung entsprechend delegieren.</p>	<p>1. The SPE shall be represented in relation to third parties by one or more directors.</p> <p>Acts undertaken by the directors shall be binding on the SPE even if they are not within the objects of the SPE.</p> <p>2. The articles of associa- tion of the SPE may provide that directors are to exercise jointly the general power of repre- sentation.</p> <p>Any other limitation of the powers of the direc- tors, following from the articles of association, a resolution of shareholders or a decision of the management or supervi- sory body, if any, may not be relied on against third parties even if they have been disclosed.</p> <p>3. Directors may delegate the right to represent the SPE in accordance with the articles of association.</p>	[Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ verwandt wird.]	<p>1. The management body shall have general power to represent the SPE in relation to third parties.</p> <p>2. Acts undertaken by the management body shall be binding on the SPE even if they are not within the objects of the SPE.</p> <p>The articles of association of the SPE shall set out whether the general power of representation is to be exercised by the members of the man- agement body individual- ly or jointly.</p> <p>Any other limitation of the powers of the mem- bers of the management body, following from the articles of association, a resolution of members or a decision of the man- agement body or supervi- sory board, if any, may not be relied on against third parties even if they have been disclosed.</p> <p>3. The management body may delegate the right to represent the SPE in accordance with the articles of association.</p>	<p>(1) Das Geschäftsfüh- rungsorgan hat die allgemeine Befugnis zur Vertretung der SPE gegenüber Dritten. (2) Handlungen des Geschäftsführungsorgans binden die SPE, auch wenn sie außerhalb des Unternehmenszwecks der SPE liegen.</p> <p>Sofern die Satzung nichts anderes bestimmt, nehmen die Mitglieder des Geschäfts- führungsorgans ihre Vertretungsbefugnis einzeln wahr.</p> <p>Keine Beschränkung der Befugnisse der Mitglieder des Geschäftsführungsor- gans, außer der gemein- samen Wahrnehmung der Vertretungsbefugnis durch zwei Mitglieder des Geschäftsführungsorgans, kann gegenüber Dritten geltend gemacht werden, auch wenn sie bekannt gemacht wurde.</p> <p>(3) Das Geschäftsfüh- rungsorgan kann Dritte bevollmächtigen, die SPE zu vertreten sofern die Satzung nichts anderes bestimmt.</p>	<p>1. [Unverändert.]</p> <p>2. [Unverändert.]</p> <p>Unless otherwise pre- scribed in the articles of association of the SPE, the general power of representation shall be exercised by the members of the man- agement body individual- ly.</p> <p>Any limitation of the powers of the members of the management body other than that of joint representation by two or more members of the management body may not be relied on against third parties even if they have been disclosed.</p> <p>3. The management body may grant authori- sations to a third party to represent the SPE, unless the articles of association provide otherwise.</p>	[Unverändert.]
Art. 34 (Arbeitnehmermitbestimmung) (Abschnitt und Detailregelungen mehrfach grundlegend geändert, u.a. schlug das Parlament einen neuen Art. 34a vor, seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidenschaft existieren sind an die Stelle des ursprünglichen Art. 34 die Art. 35 – 35e getreten, der Entwurf der Ungarischen Ratspräsidenschaft fügte noch einen Art. 35e hinzu.)							
Art. 35 – 38 (Verlegung des eingetragenen Sitzes der SPE) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidenschaft Art. 36 – 39)							
Art. 39 (Um- strukturierung) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsi- dentschaft Art. 40)	Die Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung der SPE unter- liegt dem anwendbaren nationalen Recht.	The transformation, merger and division of the SPE shall be governed by the applicable national law.	[Unverändert.]	The transformation to a national legal form, merger and division of the SPE shall be governed by the applicable national law.	Die Umwandlung in eine nationale Rechtsform, die Verschmelzung und die Spaltung der SPE unterlie- gen dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht.	[Unverändert.]	[Unverändert.]
Art. 40 (Auflö- sung)	1. Die SPE kann bei Eintreten der folgenden	1. The SPE shall be dissolved in the following	[Unverändert.]	1. [Unverändert.]	(1) Die SPE wird bei Eintreten der folgenden	1. [Unverändert.]	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
(seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 41)	Umstände aufgelöst werden: (a) Ablauf des Zeitraums, für den sie gegründet wurde; (b) Beschluss der Anteilseigner; (c) Fälle, die im anwendbaren nationalen Recht festgeschrieben sind. 2. Die Auflösung unterliegt dem anwendbaren nationalen Recht. 3. Liquidation, Insolvenz, Zahlungseinstellung oder vergleichbare Verfahren unterliegen dem anwendbaren nationalen Recht sowie der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates. 4. Die Auflösung der SPE ist bekannt zu geben.	circumstances: (a) by expiry of the period for which it was established; (b) by the resolution of the shareholders; (c) in cases set out in the applicable national law. 2. Winding-up shall be governed by the applicable national law. 3. Liquidation, insolvency, suspension of payments and similar procedures shall be governed by the applicable national law and by Council Regulation (EC) No 1346/2000. 4. Dissolution of the SPE shall be disclosed.			(b) by the resolution of the members; (c) in cases set out in the articles of association or the applicable national law. 2. Winding-up, liquidation, insolvency, suspension of payments and similar procedures shall be governed by the applicable national law and by Council Regulation (EC) No 1346/2000. 3. [Unverändert.]	Umstände aufgelöst: a) Ablauf des Zeitraums, für den sie gegründet wurde; b) Beschluss der Gesellschafter; c) in der Satzung oder im maßgebenden einzelstaatlichen Recht vorgesehene Fälle. (2) Auflösung, Liquidation, Insolvenz, vorläufige Zahlungseinstellung oder ähnliche Verfahren unterliegen dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht sowie der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates. (3) Die Auflösung der SPE wird bekannt gemacht.	2. [Unverändert.] 3. [Unverändert.]	
Art. 41 (Ungültigkeit) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 42)	Die Ungültigkeit der SPE unterliegt dem anwendbaren nationalen Recht, mit dem Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe a, b, c und e der Richtlinie 68/151/EWG umgesetzt wurde mit Ausnahme des Verweises in Buchstabe c von Artikel 11 Absatz 2 und Artikel 12 dieser Richtlinie auf den Gegenstand des Unternehmens.	The nullity of the SPE shall be governed by the provisions of the applicable national law implementing Article 11(1) of Directive 68/151/EEC, points (a), (b), (c) and (e), except for the reference in point (c) to the objects of the company, of Article 11(2) and Article 12 of that Directive.	[Unverändert.]		The nullity of the SPE shall be governed by the provisions of the applicable national law implementing Article 11(1) of Directive 68/151/EEC, points (a), (b), (c) and (e) of Article 11(2) and Article 12 of that Directive.	Die Nichtigkeit der SPE unterliegt den Bestimmungen des maßgebenden einzelstaatlichen Rechts zur Umsetzung von Artikel 11 Absatz 1 Buchstaben a, b, c und e der Richtlinie 68/151/EWG sowie von Artikel 11 Absatz 2 und Artikel 12 der genannten Richtlinie.	The nullity of the SPE shall be governed by the provisions of the applicable national law implementing Article 11(1) of Directive 68/151/EEC, points (a), (b), (c) and (e) of Article 11(2) and Article 12 of that Directive.	[Unverändert.]
Art. 42 (Verwendung der Landeswährung) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Art. 43)	(2) Eine SPE kann ihren Jahresabschluss und gegebenenfalls ihren konsolidierten Abschluss in den Mitgliedstaaten, in denen in die dritte Phase der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) keine Anwendung findet, in Euro erstellen. Eine SPE kann ihr Kapital auch in Euro angeben. [...] Diese Mitgliedstaaten können der SPE allerdings auch vorschreiben,	2. An SPE may prepare <u>and publish</u> its annual and, where applicable, consolidated accounts in euro in Member States where the third phase of the economic and monetary union (EMU) does not apply. An SPE may also express its capital in euro. [...] However such Member States may also require SPEs to prepare <u>and</u>	2. Eine SPE erstellt ihren Jahresabschluss und gegebenenfalls ihren konsolidierten Abschluss in den Mitgliedstaaten, in denen die dritte Phase der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) keine Anwendung findet, sowohl in der nationalen Währung als auch in Euro. Diese SPE müssen ihr Kapital zusätzlich in Euro angeben. [Unverändert.]	1. Member States in which the third phase of the economic and monetary union (EMU) does not apply may require SPEs having their registered office in their territory to express their capital in the national currency. Such SPEs shall, in addition, express their capital in euro. [Unverändert.]	[Im Vergleich zum Kommissionsentwurf unverändert.]	(2) Eine SPE kann ihren Jahresabschluss und gegebenenfalls ihren konsolidierten Abschluss in den Mitgliedstaaten, in denen die dritte Phase der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) keine Anwendung findet, in Euro erstellen <u>und offen legen</u> . [Unverändert.]	2. [Unverändert.] [Unverändert.]	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009		Tschechische Ratspräsidenschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidenschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidenschaft vom 23.05.2011
	ihren Jahresabschluss und gegebenenfalls ihren konsolidierten Abschluss gemäß dem anwendbaren nationalen Recht in der nationalen Währung zu erstellen.	<i>publish</i> their annual and, where applicable, consolidated accounts in the national currency in accordance with the applicable national law.						
Art. 42a (Schiedsklausel) (nur im Vorschlag des Parlaments enthalten)								
Art. 43 (Wirksame Anwendung) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidenschaft Art. 44)	Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Vorkehrungen, um das Wirksamwerden dieser Verordnung zu gewährleisten.	Member States shall make such provision as is appropriate to ensure the effective application of this Regulation.	[Unverändert.]		[Unverändert.]	[Unverändert.]		[Unverändert.]
Art. 43a (Salvatorische Klausel) (nur im Vorschlag des Parlaments enthalten)								
Art. 44 (Sanktionen) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidenschaft Art. 45)	<p>Die Mitgliedstaaten legen die Regeln für Sanktionen bei Verstößen gegen die Bestimmungen dieser Verordnung fest und treffen die erforderlichen Maßnahmen für deren Anwendung.</p> <p>Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Vorschriften bis spätestens 1. Juli 2010 mit und unterrichten sie unverzüglich über alle späteren Änderungen dieser Vorschriften.</p>	<p>The Member States shall lay down the rules on penalties applicable to infringements of the provisions of this Regulation and shall take all measures necessary to ensure that they are implemented.</p> <p>The penalties provided for must be effective, proportionate and dissuasive. The Member States shall notify those provisions to the Commission by 1 July 2010 at the latest and shall notify it without delay of any subsequent amendment affecting them.</p>	[Unverändert.]		[Unverändert.]	<i>[Unverändert, außer dass statt “penalties” der Begriff “sanctions” verwandt und als Frist nicht der Ablauf des 1. Juli 2010, sondern 2 Jahre nach Inkrafttreten genannt wird.]</i>		[Unverändert.]
Art. 45 (Meldung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidenschaft Art. 46) (gestrichen seit dem Entwurf der Schwedischen Ratspräsidenschaft)								
Art. 46 (Verpflichtungen der für die Register zuständigen Behörden) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidenschaft Art. 47)								
Art. 47 (Überprüfung) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidenschaft Art. 48)								
Art. 48 (Inkrafttreten) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidenschaft Art. 49)	<p>Diese Verordnung tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im <i>Amtsblatt der Europäischen Union</i> in Kraft.</p> <p>Sie gilt ab dem 1. Juli 2010. Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.</p>	<p>This Regulation shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the <i>Official Journal of the European Union</i>. It shall apply from 1 July 2010. This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.</p>	[Unverändert.]		[Unverändert.]	<i>[Unverändert, außer dass für den Geltungsbeginn zwei Jahre nach Inkrafttreten vorgesehen ist.]</i>		[Unverändert.]
Anhang I	Die Satzung einer SPE muss zumindest Folgen-	The articles of association of an SPE shall regulate at	<i>[Unverändert, außer dass statt „Leitungsorgan“ der Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ verwandt wird.]</i>		The articles of association of an SPE shall stipulate	Punkte, die gemäß Artikel 8 Absatz 1a in der Satzung	Matters on which provisions may be	[Unverändert.]

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>des regeln:</p> <p>Kapitel II – Gründung</p> <ul style="list-style-type: none"> – Name der SPE; – Name und Anschrift der Gründungsgesellschafter der SPE und Nennwert bzw. rechnerische Pariwert der von den Anteilseignern gehaltenen Anteile; – Gründungskapital der SPE. <p>Kapitel III - Anteile</p> <ul style="list-style-type: none"> – Angabe, ob eine Unterteilung, Konsolidierung oder Neudenominierung der Anteile statthaft ist und etwaige anwendbare Bestimmungen; – geldliche und nicht geldliche an die Anteile (Anteilskategorien) gebundene Rechte und Verpflichtungen, insbesondere – a) Beteiligung am Vermögen und an den Gewinnen des Unternehmens, falls vorhanden; – b) an die Anteile der SPE gebundene Stimmrechte, falls vorhanden; – Verfahren zur Genehmigung etwaiger Änderungen der an die Anteile (Anteilskategorien) gebundenen Rechte und Verpflichtungen und vorbehaltlich Artikel 14 Absatz 3 erforderliche Mehrheit der Stimmrechte; – etwaige Bezugsrechte entweder bei Emission oder bei Übertragung der Anteile, falls vorhanden, und etwaige anwendbare Bestimmungen; – Angabe, ob die Übertragung der Anteile eingeschränkt oder verboten ist, Einzelheiten der Einschränkung oder 	<p>least the following:</p> <p>Chapter II – Formation</p> <ul style="list-style-type: none"> – the name of the SPE, – the names and addresses of the founding shareholders of the SPE and the nominal value or accountable par of the shares held by them, – the initial capital of the SPE, <p>Chapter III - Shares</p> <ul style="list-style-type: none"> – whether sub-division, consolidation or redenomination of the shares is permitted and any applicable requirements, – the pecuniary and non-pecuniary rights and the obligations attached to the shares (share classes), in particular – (a) the participation in the assets and profits of the company, if any, – (b) the votes attached to the shares, if any, – the procedure for agreeing on any variation of the rights and obligations attached to the shares (share classes), and, subject to Article 14(3), the required majority of voting rights, – any pre-emption rights either on issue or on transfer of shares, if any, and any applicable requirements, – where the transfer of shares is restricted or prohibited, the details of the restriction or prohibition, in particular the 		<p>at least the following:</p> <p>Chapter II – Formation</p> <ul style="list-style-type: none"> (1) the name of the SPE and the address of its registered office, (2) the business object or business activity of the SPE, (3) the subscribed capital of the SPE, (4) the amount of the subscribed capital to be paid up on formation, (5) the names and addresses of the founding members, the number of shares subscribed for by each founding member and, if they have nominal value, their nominal value, (6) the amount of each consideration in cash, if any, to be paid by each founding member, (7) the value and nature of each consideration in kind, if any, to be provided by each founding member, (8) any terms and conditions of the subscription of shares, (9) the names, addresses and any other information necessary to identify the first directors of the SPE, (10) [...] (11) whether the SPE is established for a limited or unlimited period, (12) whether or not the management body may amend the provisions of the articles of association as regards the address of the registered office of the SPE and/or its business object or business activity, <p>Chapter III - Shares</p> <ul style="list-style-type: none"> (13) if relevant, the share classes and the number of shares in each share 	<p>einer SPE geregelt werden können:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. Zeitraum, für den die SPE gegründet wird, 2. Unterteilung, Konsolidierung oder Neudenominierung der Geschäftsanteile, 3. Einschränkungen und Verbot der Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen, 4. Bewertung von Sacheinlagen, 5. Zeitpunkt, zu dem die Bareinlagen zu leisten sind, 6. Zwischendividenden, 7. Erwerb, Übertragung und Löschung eigener Geschäftsanteile 8. Kapitalerhöhungen 9. Verfahren für die Vorlage und Fassung von Gesellschafterbeschlüssen, 10. von den Gesellschaftern zusätzlich zu den in Artikel 28 Absatz 1 genannten zu fassende Beschlüsse, Beschlussfähigkeit und erforderliche Stimmrechtsmehrheit, 11. Kommunikationsmittel zwischen der SPE und ihren Gesellschaftern, 12. Frist sowie Art und Weise, in der die Gesellschafter über Beschlussvorlagen und Punkte auf der Tagesordnung der Gesellschafterversammlung zu informieren sind, 13. Art und Weise, in der Gesellschaftern der Text von Gesellschafterbeschlüssen und Abstimmungsergebnisse zur 	<p>included in the articles of association of an SPE in accordance with paragraph 1a of Article 8:</p> <ul style="list-style-type: none"> (1) the period for which the SPE is established, (2) sub-division, consolidation or redenomination of the units, (3) restrictions and prohibitions on the transferability of the units, (4) the evaluation of consideration in kind, (5) the time when the payment of consideration in cash is to be made, (6) interim dividends, (7) the purchase, transfer and cancellation of own units, (8) the increase of capital, (9) the procedure for proposing and adopting resolutions of the general assembly of members, (10) resolutions to be adopted by the general assembly of the members, in addition to those listed in Article 28(1), the quorum and the required majority of voting rights, (11) the means of communication between the SPE and its members, (12) the period of time and the manner in which the members are to be informed of proposals for resolutions of the members and items on the agenda of the general meetings, (13) the manner in which copies and voting results of an adopted resolution are to be made available to the members, 	

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>des Verbots, insbesondere die Form, die Frist, das anwendbare Verfahren und die im Falle des Todes oder der Auflösung eines Anteilseigners anwendbaren Regeln; – Angabe, ob die Zustimmung zur Übertragung der Anteile seitens der SPE oder der Anteilseigner erforderlich ist oder ob die SPE oder die Anteilseigner bei der Übertragung der Anteile sonstige Rechte erhalten (z.B. Recht auf eine erste Ablehnung) und Angabe der Frist, binnen derer der Übertragende über den Beschluss zu informieren ist; – Angabe, ob die Anteilseigner über Artikel 17 hinaus das Recht haben, von anderen Anteilseignern die Veräußerung ihrer Anteile zu verlangen und etwaige anwendbare Bestimmungen; – Angabe, ob die Anteilseigner über Artikel 18 hinaus das Recht haben, ihre Anteile an andere Anteilseigner oder die SPE zu veräußern und etwaige anwendbare Bestimmungen.</p> <p>Kapitel IV – Kapital – Angabe des Geschäftsjahres der SPE und der Art und Weise möglicher Änderungen; – Angabe, ob die SPE gehalten ist, Rücklagen zu bilden, und wenn ja, Angabe der Art der Rücklage, der Umstände, unter denen sie zu bilden ist und ob sie ausschüttungsfähig ist; – Angabe, ob Sacheinlagen durch einen unabhängigen Sachverständi-</p>	<p>form, time limit, the applicable procedure, and the rules applicable in the event of the death or dissolution of a shareholder, – where the approval of the share transfer by the SPE or by the shareholders is required or other rights are provided for shareholders or for the SPE on the transfer of shares (for example, right of first refusal), a deadline by which the transferor is to be notified of the decision, – whether, in addition to Article 17, shareholders have any rights to require other shareholders to sell their shares, and any applicable requirements, – whether, in addition to Article 18, shareholders have the right to sell their shares to other shareholders or to the SPE, who are obliged to buy those shares, and the applicable requirements, Chapter IV – Capital – the financial year of the SPE and how it may be changed, – whether the SPE is required to establish reserves and if so, the type of reserve, the circumstances in which it is to be established and whether it is distributable, – whether consideration</p>		<p>class, (14) the total number of shares, (15) whether or not subdivision, consolidation or redenomination of the shares is permitted and any applicable requirements, (16) the pecuniary and non-pecuniary rights and the obligations attached to the shares (share classes), in particular (a) the participation in the assets and profits of the company, if any, (b) the votes attached to the shares, if any, (17) the procedure for agreeing on any variation of the rights and obligations attached to the shares (share classes), and, subject to Article 14(3), the required majority of voting rights, (18) whether or not there are any pre-emption rights either on issue or on transfer of shares, and any applicable requirements, (19) whether or not the transfer of shares is restricted or prohibited, and the details of the restriction or prohibition, in particular the form, time limit, the applicable procedure, (20) whether or not the approval of the share transfer by the SPE or by the members is required or other rights are provided for members or for the SPE on the transfer of shares (for example, right of first refusal), and if so, a deadline by which the transferor is to be notified of the decision, (21) without prejudice to</p>	<p>Verfügung gestellt werden müssen, 14. Art und Weise der Einberufung der Gesellschafterversammlung, Arbeitsmethoden und Regeln für die Abstimmung per Stimmrechtsvertretung, 15. Verfahren und Fristen für die Beantwortung von Informationsanfragen der Gesellschafter durch die SPE, 16. etwaige Auswahlkriterien für Geschäftsführer, 17. etwaige Verfahren für die Bestellung oder die Abberufung von Geschäftsführern, 18. Abschlussprüfer der SPE in den Fällen, in denen das maßgebende einzelstaatliche Recht der SPE keinen Abschlussprüfer vorschreibt, und, sofern die Satzung einen solchen vorsieht, das Verfahren für seine Bestellung, seine Abberufung und seinen Rücktritt, 19. Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen, etwaige Genehmigungspflicht solcher Geschäfte und Genehmigungsverfahren, 20. Kapitalherabsetzungen, 21. Zugang der Gesellschafter zu den Dokumenten der SPE, 22. Verfahren zur Beantwortung eines Beschlusses, wenn das Geschäftsführungsorgan nach einem Antrag gemäß Artikel 30 Absatz 1 keine Beschlussvorlage ausarbeitet, 23. Verfahren für die Einberufung einer Gesellschafterversammlung, wenn das Geschäftsführungsorgan nach einem Antrag gemäß</p>	<p>(14) the manner of convening the general meeting, the working methods and the rules on voting by proxy, (15) the procedure and time limits for the SPE to respond to requests from members for information, (16) any eligibility criterion of directors, (17) any procedure for appointing or removing directors, (18) in cases where the applicable national law does not require an SPE to have an auditor, whether the SPE has an auditor and where the articles of association so provide, the procedure for his appointment, removal and resignation, (19) related party transactions, and whether they need to be authorised, and, if so, the method for their authorisation. (20) the reduction of capital, (21) access to documents of the SPE by the members, (22) the procedure for proposing a resolution to be applied if the management body does not submit a proposal on a request in accordance with paragraph 1 of Article 30, (23) the procedure for convening a general meeting to be applied if</p>	

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>gen zu bewerten sind und Angabe etwaiger Formalitäten, die diesbezüglich eingehalten werden müssen;</p> <p>– Angabe des Zeitpunkts, zu dem die Zahlung oder die Bereitstellung des Entgelts zu erfolgen hat und Angabe der Bedingungen, die an eine derartige Zahlung oder Bereitstellung gebunden sind;</p> <p>– Angabe der Tatsache, ob die SPE in der Lage ist oder nicht, finanzielle Unterstützung zu leisten, indem sie insbesondere Mittel vorstreckt, Darlehen vergibt oder Garantien schafft, wenn es um den Erwerb von Anteilen seitens eines Dritten geht;</p> <p>– Angabe, ob Zwischen dividenden gezahlt werden können und etwaige anwendbare Bestimmungen;</p> <p>– Angabe, ob das Leitungsorgan gehalten ist, vor einer Ausschüttung eine Solvenzbescheinigung zu unterzeichnen und etwaige anwendbare Bestimmungen;</p> <p>– Angabe des Verfahrens, das die SPE befolgen muss, um eine rechtswidrige Ausschüttung rückgängig zu machen;</p> <p>– Angabe der Tatsache, ob der Erwerb eigener Anteile zulässig ist, und wenn ja, Angabe des zu befolgenden Verfahrens, einschließlich der Bedingungen, unter denen die Anteile gehalten, übertragen oder annulliert werden können;</p> <p>– Angabe des Verfahrens für die Erhöhung, Herabsetzung oder sonstige</p>	<p>in kind are to be evaluated by an independent expert and any formalities that must be complied with,</p> <p>– the time when the payment or provision of the consideration is to be made and any conditions relating to such payment or provision,</p> <p>– whether or not the SPE can provide financial assistance, in particular advance funds, make loans or provide security, with a view to the acquisition of its shares by a third party,</p> <p>– whether interim dividends can be paid and any applicable requirements,</p> <p>– whether the management body is required to sign a solvency certificate before a distribution is made, and the applicable requirements,</p> <p>– the procedure the SPE must follow to recover any unlawful distribution,</p> <p>– whether the acquisition of own shares is permitted and, if permitted, the procedure to be followed, including the conditions under which the shares may be held, transferred or cancelled,</p>		<p>this Regulation, the conditions and the procedure of the expulsion and the withdrawal of a member,</p> <p>(22) whether or not, in addition to Article 17, members have any rights to require other members to sell their shares, and any applicable requirements,</p> <p>(23) whether or not, in addition to Article 18, members have the right to sell their shares to other members or to the SPE, who are obliged to buy those shares, and the applicable requirements,</p> <p>Chapter IV – Capital</p> <p>(24) the financial year of the SPE and how it may be changed,</p> <p>(25) whether or not the SPE is required to establish, in addition to the legal reserves, reserves and if so, the type of reserve, the circumstances in which it is to be established and whether it is distributable,</p> <p>(26) without prejudice to this Regulation, whether or not consideration in kind is to be evaluated by an independent expert or by the members and any formalities that must be complied with,</p> <p>(27) without prejudice to this Regulation, the time when the payment or provision of the consideration is to be made and any conditions relating to such payment or provision,</p> <p>(28) [...]</p> <p>(29) without prejudice to this Regulation, whether or not interim dividends can be paid and any</p>	<p>Artikel 30 Absatz 2 keine Versammlung einberuft.</p>	<p>the management body does not convene a general meeting on a request in accordance with paragraph 2 of Article 30.</p>	

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>Änderung des Gesellschaftskapitals und der etwaigen anwendbaren Bestimmungen.</p> <p>Kapitel V - Organisation der SPE</p> <p>– Angabe der Methode zur Annahme von Beschlüssen der Anteilseigner;</p> <p>– vorbehaltlich der Bestimmungen dieser Verordnung Angabe der zur Verabschiedung von Beschlüssen der Anteilseigner erforderlichen Mehrheit;</p> <p>– Angabe der von den Anteilseignern zu verabschiedenden Beschlüsse (zusätzlich zu den in Artikel 27 Absatz 1 genannten), der Beschlussfähigkeit und der erforderlichen Stimmrechtsmehrheit;</p> <p>– vorbehaltlich der Artikel 21, 27 und 29, Angabe der Regeln für die Vorlage von Beschlüssen;</p> <p>– Angabe der Zeitspanne und der Art und Weise, binnen derer bzw. auf die die Anteilseigner über Vorschläge für Beschlüsse der Anteilseigner zu informieren sind und Angabe von Hauptversammlungen, sofern in der Satzung Hauptversammlungen vorgesehen sind;</p> <p>– Angabe der Art und Weise, auf die sich Anteilseigner den Text eines vorgeschlagenen Beschlusses der Anteilseigner und im Zusammenhang mit der Verabschiedung des Beschlusses stehende Vorbereitungsunterlagen beschaffen können;</p> <p>– Angabe der Art und</p>	<p>– the procedure for increasing, reducing or otherwise changing the share capital, and any applicable requirements,</p> <p>Chapter V – Organisation of the SPE</p> <p>– the method of adopting shareholder resolutions,</p> <p>– subject to the provisions of this Regulation, the majority required to adopt shareholder resolutions,</p> <p>– the resolutions to be adopted by the shareholders, in addition to those listed in Article 27(1), the quorum and the required majority of voting rights,</p> <p>– subject to Articles 21, 27 and 29, the rules on proposing resolutions,</p> <p>– the period of time and the manner in which the shareholders are to be informed of proposals for shareholder resolutions and, if the articles of association provide for general meetings, general meetings,</p> <p>– the way in which the shareholders obtain the text of any proposed shareholder resolution and any other preparatory documents in relation to the adoption of a resolution,</p>		<p>applicable requirements,</p> <p>(30) without prejudice to this Regulation, whether or not the purchase of own shares is permitted and, if permitted, the procedure to be followed, including the conditions under which the shares may be held, transferred or cancelled,</p> <p>(31) without prejudice to this Regulation, the procedure for increasing, reducing or otherwise changing the subscribed capital, and any applicable requirements,</p> <p>Chapter V – Organisation of the SPE</p> <p>(32) the method of adopting member resolutions,</p> <p>(33) subject to the provisions of this Regulation, the majority required to adopt resolutions of the members,</p> <p>(34) whether or not there are resolutions to be adopted by the general assembly of the members, in addition to those listed in Article 28(1), the quorum and the required majority of voting rights,</p> <p>(35) subject to Articles 21, 28 and 30, the rules on proposing resolutions,</p> <p>(36) the means of communication between the SPE and its members (e.g. electronic means or correspondence),</p> <p>(37) the period of time and the manner in which the members are to be informed of proposals for resolutions of the members and general meetings,</p> <p>(38) the way in which the members obtain the text of any proposed resolution of the members and</p>			

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>Weise, auf die Kopien verabschiedeter Beschlüsse den Anteilseignern zur Verfügung gestellt werden;</p> <p>– sofern in der Satzung die Annahme einiger oder aller Beschlüsse auf einer Hauptversammlung vorgesehen ist, Angabe der Art und Weise der Einberufung der Hauptversammlung, der Arbeitsmethoden und der Regeln für die Abstimmung per Stimmrechtsvertretung;</p> <p>– Angabe des Verfahrens und der Fristen für die SPE, auf Anfragen der Anteilseigner nach Informationen, die Gewährung des Zugangs zu Unterlagen der SPE und nach Bekanntgabe von Beschlüssen, die von den Anteilseignern verabschiedet wurden;</p> <p>– Angabe, ob sich das Leitungsorgan der SPE aus einem oder mehreren Mitgliedern der Unternehmensleitung, einem Leitungsgremium (dualistisches System) oder Verwaltungsgremium (monistisches System) zusammensetzt;</p> <p>– im Falle eines Verwaltungsgremiums (monistisches System) Angabe seiner Zusammensetzung und seiner Organisation;</p> <p>– im Falle eines Leitungsgremiums (dualistisches System) Angabe seiner Zusammensetzung und seiner Organisation;</p> <p>– im Falle eines Leitungsgremiums (dualistisches System) oder eines oder mehrerer Mitglieder der Unternehmensleitung</p>	<p>– the manner in which copies of an adopted resolution are made available to the shareholders,</p> <p>– where the articles of association provide for the adoption of some or all resolutions at a general meeting, the manner of convening the general meeting, the working methods and the rules on voting by proxy,</p> <p>– the procedure and time limits for the SPE to respond to requests from shareholders for information, to grant access to the documents of the SPE, and to notify resolutions that have been adopted by shareholders,</p> <p>– whether the SPE's management body is composed of one or more managing directors, a management board (dual board) or an administrative board (unitary board),</p> <p>– where there is an administrative board (unitary board), its composition and organisation,</p> <p>– where there is a management board (dual board), its composition and organisation,</p>	<p>any other preparatory documents related to the adoption of a resolution or the items on the agenda of the general meeting,</p> <p>(39) the manner in which copies and voting results of an adopted resolution are made available to the members,</p> <p>(40) the manner of convening the general meeting, the working methods and the rules on voting by proxy,</p> <p>(41) the procedure and time limits for the SPE to respond to requests from members for information, to grant access to the documents of the SPE, and to notify resolutions that have been adopted by members,</p> <p>(42) whether or not the right in Article 30(1) shall be granted to individual members or to members holding less than 10% of the voting rights attached to the shares of the SPE,</p> <p>(43) whether or not the right in Article 30(2) shall be granted to individual members or to members holding less than 5% of the voting rights attached to the shares of the SPE</p> <p>(44) whether the SPE's management body is composed of one or more managing directors, a management board (dual board regime) or an administrative board (unitary board regime),</p> <p>(45) where there is an administrative board (unitary board regime), its composition and organisation,</p> <p>(46) where there is a management board (dual board regime), its com-</p>			

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	<p>Angabe, ob die SPE ein Aufsichtsorgan hat und wenn ja, Angabe seiner Zusammensetzung und seiner Beziehung zum Leitungsorgan;</p> <p>– Angabe etwaiger Auswahlkriterien für Mitglieder der Unternehmensleitung;</p> <p>– Angabe des Verfahrens für die Bestellung und die Abberufung von Mitgliedern der Unternehmensleitung;</p> <p>– Angabe der Tatsache, ob die SPE einen Abschlussprüfer hat und ob die Satzung vorsieht, dass die SPE einen solchen Abschlussprüfer haben sollte, das Verfahren für seine Bestellung, seine Abberufung und seinen Rücktritt;</p> <p>– Angabe etwaiger sonstiger spezifischer Aufgaben von Mitgliedern der Unternehmensleitung, die nicht in dieser Verordnung genannt werden;</p> <p>– Angabe, ob Situationen, die einen durch einen Mitglied der Unternehmensleitung verursachten aktuellen oder potenziellen Interessenkonflikt beinhalten, zugelassen werden können und wenn ja, Angabe der Person, die einen solchen Konflikt zulassen kann und Angabe der anwendbaren Bestimmungen und Verfahren für die Zulassung eines solchen Konflikts;</p> <p>– Angabe, ob die in Artikel 32 genannten Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen genehmigt werden müssen und</p>	<p>– where there is a management board (dual board) or one or more managing directors, whether the SPE has a supervisory body, and if so, its composition and organisation and its relationship with the management body,</p> <p>– any eligibility criterion of directors,</p> <p>– the procedure for appointing and removing directors,</p> <p>– whether the SPE has an auditor and where the articles of association provide that the SPE should have an auditor, the procedure for his appointment, removal and resignation,</p> <p>– any specific duties of directors other than those mentioned in this Regulation,</p> <p>– whether situations involving an actual or potential conflict of interest by a director may be authorised and, if so, an indication of who may authorise such a conflict and the applicable requirements and procedures for the authorisation of such a conflict,</p>		<p>position and organisation,</p> <p>(47) where there is a management board or one or more managing directors, whether the SPE has a supervisory board, and if so, its composition and organisation and its relationship with the management body,</p> <p>(48) the method of recording the decisions of the management body,</p> <p>(49) [...]</p> <p>(50) whether or not there are any eligibility criterion of directors,</p> <p>(51) the procedure for appointing and removing directors,</p> <p>(52) in cases where the applicable national law does not require an SPE to have an auditor, whether the SPE has an auditor and where the articles of association provide that the SPE should have an auditor, the procedure for his appointment, removal and resignation,</p> <p>(53) whether or not there are any specific duties of directors other than those mentioned in this Regulation,</p> <p>(54) whether or not related party transactions as referred to in Article 33 are permitted, whether or not they need to be authorized, and, if so, the method for their authorization,</p> <p>(55) the rules on representation of the SPE by the management body, in particular if its members have the right to represent the SPE jointly or separately,</p> <p>(56) whether or not the right to represent the SPE</p>			

Waldschmidt – Die SPE als Baustein transnationaler Konzerne

	Kommission vom 25.06.2008		Parlament vom 10.03.2009	Tschechische Ratspräsidentschaft vom 27.04.2009	Schwedische Ratspräsidentschaft vom 3./4.12.2009		Ungarische Ratspräsidentschaft vom 23.05.2011
	Angabe der anwendbaren Bestimmungen; – Angabe der Regeln für die Vertretung der SPE durch das Leitungsorgan, insbesondere der Tatsache, ob die Mitglieder der Unternehmensleitung berechtigt sind, die SPE gemeinsam oder allein zu vertreten und ob dieses Recht delegiert werden kann; – Angabe der Regeln für die Delegierung der Befugnisse des Leitungsorgans an eine andere Person.	– whether related party transactions as referred to in Article 32 need to be authorised and the applicable requirements, – the rules on representation of the SPE by the management body, in particular if the directors have the right to represent the SPE jointly or separately and any delegation of this right, – the rules on delegation of any management power to another person.		in relation to third parties, in cases other than those indicated in this Regulation, can be delegated to another person and the applicable requirements.			
Anhang II (MELDEFORMULAR FÜR DIE REGISTRIERUNG DER VERLEGUNG DES EINGETRAGENEN SITZES EINER SPE) (seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft Anhang III)							
Anhang II (Verzeichnis der Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung gemäß Artikel 4) (enthalten seit dem Entwurf der Tschechischen Ratspräsidentschaft) (seit dem Entwurf der Schwedischen Ratspräsidentschaft wird für Deutschland die „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ aufgeführt, für das Vereinigte Königreich die „private company limited by shares“.							